نطاق البحث و أهميته: يسعي هذا البحث إلي تقدير مدي ملاءمة الإقرار بأحقية المتهم بجناية و الذي يتغيب عن حضور جلسات المحاكمة الخاصة به في الإستعانة بمدافع أمام المحكمة الجنائية. و يأتي موضوع هذا البحث بالمخالفة لنص المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية المصري و التي تحظر علي المتهم بجناية أن ينيب عنه محام لتقديم دفاعه و تتخذ من هذا الحظر وسيلة لإجبار المتهم الغائب علي الحضور.

و إن كنا في هذا البحث لسنا بمعرض المقارنة بين الحقوق المختلفة للمتهم لتقدير مدي غلبة إحداها علي الأخرى، و لا نجادل فيما اذا كان الحضور الشخصي للمتهم هو حق مطلق له يجوز التنازل عنه دون قيود، أم انه إلتزام و بالتالي يمكن إجباره عليه، إلا أننا في حقيقة الأمر نرنوا إلي تقدير مدي ملاءمة عقابه في حالة غيابه بحجب حق الدفاع عنه، و ذلك في إطار منظومة الحقوق المقررة للمتهم بصفة عامة و للمتهم الغائب بصفة خاصة، و التي تتكامل في جُلها بغية إظهار الحقيقة و تحقيق العدالة.

فعلي الرغم من أهمية الحضور الشخصي للمتهم، و بصفة خاصة في الجرائم الخطيرة كالجنايات و الجنح

الهامة و إعتبار هذا الحضور ضمانة أكيدة لإستجلاء الحقيقة، إلا أن الحظر الوارد في المادة سالفة الذكر يعصف بجوهر المحاكمة العادلة ذاته، و ذلك بما يمثله من إنتهاك للعديد من الحقوق الدستورية و القانونية للمتهم بجناية و لا سيما حقه في الدفاع و المساواة و أصل البراءة.

و لا يقتصر نطاق مخالفة المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية علي النصوص الدستورية و المبادئ القانونية الراسخة و المستقرة وطنيا، بل يتخطاها ليجافي الاتجاهات المستحدثة في السياسة الجنائية سواء علي المستوي الدولي أو الإقليمي، و التي تقر بشكل متنامي بحق المتهم بجناية في الإستعانة بمدافع في حالة غيابه عن حضور إجراءات المحاكمة.

ذلك أنه اذا كانت التشريعات الجنائية المختلفة لم تأخذ موقفا موحدا حيال المحاكمات الجنائية الغيابية، فان الفريق الذي يسمح بهذا النوع من المحاكمات يتجه إلي تقرير مجموعة من الضمانات للمتهم الغائب، و يأتي علي رأس تلك الضمانات تمكين المتهم الغائب من الإستعانة بمدافع.

و بناء علي ما تقدم، يتضح ما يجسده هذا البحث من أهمية خاصة تتمثل في سعيه الجاد نحو توجيه عناية المشرع إلي إعادة النظر في الحظر الوارد في المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية و ذلك في ضوء المبادئ الدستورية التي تبنتها الدساتير المصرية المتعاقبة، و التنظيم القانوني لحق المتهم الغائب في الحضور التمثيلي في القانون المقارن.

و علي الرغم من الأهمية التي يمثلها موضوع البحث إلا أنه لم يحظى بالاهتمام الكافي في الفقه القانوني العربي. فتكاد تخلو المكتبات العربية من بحث متخصص يعالج حق

المتهم بجناية الغائب في الدفاع بالوكالة. و بالتالي نأمل أن يشكل هذا البحث إثراء للمكتبة القانونية، ليس فقط كبحث اكاديمي، و إنما كأطروحة تهدف في المقام الأول إلي تقديم حل عملي لواحدة من المشكلات القانونية الشائعة في الواقع العملي و هي المحاكمات الجنائية الغيابية و حق المتهم في هذا النوع من المحاكمات في الإستعانة بمدافع.

منهج البحث:

سيتبع هذا البحث المنهج التحليلي المقارن. حيث يقوم البحث إبتداء بتحليل نصوص القانون المنظمة للحظر لبيان مدي مخالفتها للمبادئ الدستورية و القانونية المستقرة، ثم يكون دور المنهج المقارن في إستجلاء أوجه التطور الذي لحق المحاكمات الجنائية الغيابية، خاصة فيما يتعلق بحق المتهم في هذا النوع من المحاكمات في الدفاع.

خطة البحث:

تقتضي معالجة حق المتهم بجناية الغائب في الإستعانة بمدافع أن نقدم لذلك بفصل تمهيدي نعرض فيه لإشكالية البحث في ضوء المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية المصري و نطاق تأثيرها علي حقوق و ضمانات المتهم الغائب.

و قد انتهجنا في تقسيم هذا البحث خطة عمادها تقسيم البحث إلي بابين رئيسيين: نحاول في أولهما الإجابة علي التساؤل الخاص بمدي توافق الحظر الوارد في المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية مع المبادئ الدستورية المستقرة. علي أن نتعرض في ثانيهما لحق المتهم الغائب في الإستعانة بمدافع في القانون المقارن. و ننهي بحثنا بخاتمة

نجمل فيها أهم النقاط التي انتهي إليها البحث و نبرز الاعتبارات العملية التي يجب علي المشرع أن يراعيها عند إعادة النظر في المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية، ثم نقرن ذلك كله ببعض التوصيات التي نوجهها للمشرع.

فصل تمهيدي

نطاق حظر الإستعانة بمدافع في ضوء المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية

(إشكالية البحث)

يجوز من حيث المبدأ وفقا لقانون الإجراءات الجنائية المصري أن تجري محاكمة المتهم بجناية في غيبته.[١] فبالرجوع للمادة ٣٨٤ من هذا القانون يتضح أنه في حالة صدور أمر بإحالة المتهم بجناية إلي محكمة الجنايات و ثبوت عدم حضوره رغم إعلانه قانونا بأمر الإحالة و ورقة التكليف بالحضور،[٢] فيكون للمحكمة أن تصدر حكمها في غيبته.[٣]

و لا يثير إقرار قانون الإجراءات الجنائية المصري للمحاكمات الجنائية الغيابية إشكالية قانونية في ذاته، خاصة

---

١ راجع، الدكتور/ أحمد شوقي أبو خطوة، الأحكام الجنائية الغيابية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٩٧

٢ الدكتور/ محمد جابر عبد العظيم، غياب المتهم في مرحلة المحاكمة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص ٣٦٥. يتميز قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي عن نظيره المصري بأنه لم يكتف لجواز محاكمة المتهم بجناية الغائب بمجرد إعلانه بأمر الإحالة و ورقة التكليف بالحضور، كما هو الحال في مصر، بل إنه أوجب إتخاذ إجراءات معينة بدونها لا يمكن إعتبار المتهم غائبا و من ثم لا يجوز محاكمته غيابيا، = =وذلك لتحقيق أكبر قدر من اليقين بشأن علم المتهم بميعاد المحاكمة و بالتالي يحد من المحاكمات الجنائية الغيابية. انظر لاحقا.

٣ المادة ٣٨٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠.

في ظل تبني هذا النوع من المحاكمات من قبل العديد من التشريعات المقارنة، كما سنري لاحقا.[1] و لكن ترجع الإشكالية إلي الكيفية التي عالج بها قانون الإجراءات الجنائية المصري مسألة المحاكمات الجنائية الغيابية خاصة في ضوء المعايير المستقرة للمحاكمة المنصفة.[2]

فوفقا لنص المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية فإنه "لا يجوز لأحد أن يحضر أمام المحكمة ليدافع أو ينوب عن المتهم الغائب. و مع ذلك، يجوز أن يحضر وكيله أو احد أقاربه أو أصهاره و يبدي عذره في عدم الحضور، فاذا رأت المحكمة أن العذر مقبول، تعين ميعادا لحضور المتهم أمامها".[3]

و يظهر جليا من هذا النص أن القانون قد اختص المتهم بجناية، الذي لا يحضر أمام محكمة الجنايات بعد

---

1 Chris Jenks and Eric Talbot Jensen, All human rights are equal, but some are more equal than others: The extraordinary rendition of a terror suspect in Italy, the NATO SOFA, and human Rights, (2010) 1 Harvard National Security Journal. 171, 193; Neil P. Cohen, Can they kill me if I'm gone: trial in absentia in capital cases, (1984) 36 University Of Florida Law Review. 273; Martin Bdsef, Harmonizing Procedural Rights Indirectly: The Framework Decision on Trials in Absentia, (2012) 37 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. 489, 497; James G. Starkey, Trial in absentia, (1979) 53 St. John's Law Review, 721

٢ راجع، الدكتور/ علاء الصاوي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠١. الدكتور/ علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص ٤٩٤

٣ المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية. الدكتور/ حسن المرصفاوي، حماية حقوق الأفراد و حرياتهم الشخصية في ظل قانون الإجراءات الجنائية، مجلة الشريعة و القانون، العدد الثاني، ١٩٧٩، ص ٥٨

إعلانه قانونا،[1] بحكم خاص و هو أنه لا يجوز أن يحضر نيابة عنه محام ليقدم دفاعه.[2] حيث تجري المحاكمة بان يتلي في الجلسة امر الإحالة و الأوراق المثبتة لإعلان المتهم، ثم تستمع المحكمة لمرافعة النيابة العامة باعتبارها ممثلة الادعاء، كما تستمع لأقوال المدعي بالحقوق المدنية و طلباته اذا كان ممثل في القضية. و يجوز كذلك للمحكمة قبل أن تفصل في الدعوي أن تسمع لشهادة الشهود إن هي رأت ضرورة لذلك،[3] و ذلك كله دون أن تسمع لدفاع المتهم الحاضر نيابة عنه.[4]

و علي الرغم من أن الحكم الذي تصدره المحكمة في غيبة المتهم لا يعد حكما نهائيا و إنما يسمي بالحكم التهديدي،[5] و الذي يسقط بمجرد القبض علي المتهم الغائب أو تسليم نفسه للسلطات،[6] فان هذه الطبيعة التهديدية للحكم ليست مطلقة، بل يمكن اعتبارها غير حقيقية. فالعقوبة الوحيدة التي لا تنفذ في مواجهة المتهم الغائب هي العقوبة السالبة للحرية، و هذا بطبيعة الحال لعدم إمكانية تنفيذها لتغيب محلها و هو المتهم، أما ما عداها من عقوبات فتكون واجبة النفاذ قانونا. فبتعبير قانون الإجراءات الجنائية "ينفذ

---

١ الدكتور/ مصطفي الجوهري، حالات الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم أمام القضاء الجنائي، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، العدد الثاني، يوليو ١٩٩٢

٢ الدكتور/ عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص١٣٤٥

٣ المادة ٣٨٦ إجراءات جنائية

٤ راجع، الدكتور/ حسن علوب، استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٠

٥ الدكتور/ أحمد شوقي أبو خطوة، الأحكام الجنائية الغيابية، المرجع السابق، ص ١١٦

٦ المادة ٣٩٥ إجراءات جنائية

من الحكم الغيابي كل العقوبات التي يمكن تنفيذها"،[1] و هذا يشمل الغرامات و المصادرة و الحرمان من بعض الحقوق و المزايا.

بالإضافة إلي ذلك، يجوز للمحكمة أن تحكم علي المتهم الغائب بدفع تعويض نقدي يؤدي إلي المدعي بالحقوق المدنية، علي أن يتعهد الأخير بتقديم كفالة لضمان إعادته مبلغ التعويض اذا ما حكم بعد ذلك بإلغاء هذا التعويض نتيجة لإعادة إجراءات محاكمة المتهم المحكوم عليه غيابيا.[2] بل وتملك محكمة الجنايات إعفاء المدعي بالحقوق المدنية من الالتزام بإيداع الكفالة، و التي تنتهي علي أية حال بمضي خمس سنوات من وقت صدور الحكم.[3] و بالتالي يجوز للمدعي بالحقوق المدنية استرداد الكفالة اذا لم تعاد محاكمة المتهم الغائب في خلال تلك السنوات الخمس.

و لا يتوقف الأمر عند حد تنفيذ جميع العقوبات الجنائية و المدنية علي المتهم الغائب، بل يتعداها إلي حرمانه من بعض حقوقه المدنية. ذلك أنه يترتب علي صدور حكم بالإدانة علي المتهم الغائب حرمانه حتما "من أن يتصرف في أمواله أو أن يديرها أو أن يرفع أي دعوى باسمه وكل تصرف أو التزام يتعهد به المحكوم عليه يكون باطلاً من نفسه".[4]

---

١ المادة ٣٩٢ إجراءات الجنائية

٢ المادة ٣٩٣ إجراءات الجنائية

٣ المادة السابقة

٤ المادة ٣٩٠ إجراءات الجنائية

كما يتم تعيين حارساً لإدارة أموال المحكوم عليه الغائب بناء على طلب النيابة العامة، أو كل ذي مصلحة في ذلك و للمحكمة التي تعينه أن تلزمه بتقديم كفالة بالإضافة إلي كونه تابعا للمحكمة في جميع ما يتعلق بالحراسة وتقديم الحساب.[1]

فاذا ظل المتهم بجناية الغائب طليقا بعد صدور الحكم عليه و لم تعاد محاكمته لحضوره أمام محكمة الجنايات المختصة سواء طواعية بتسليم نفسه أو قسرا عنه بالقبض عليه، فان جميع العقوبات الجنائية التي صدرت ضده تتأكد في حقه بانقضاء المدة المقررة قانونا لتقادم العقوبة.[2] بمعني أنه بانقضاء عشرون عاما يصير الحكم الغيابي و ما اشتمل عليه من عقوبات نهائيا: فالغرامات التي تم دفعها لا ترد و الأموال أو الأشياء التي تمت مصادرتها لا تسترد و الحراسة التي فرضت علي أموال المتهم الغائب تستمر لحين صدور حكم حضوري في الدعوي أو وفاة المتهم، و الأهم من ذلك و ذاك هو أن الاتهام الذي حواه الحكم الغيابي الصادر في مواجهة المتهم الغائب يتحول من تهديدي إلي كونه عنوان للحقيقة بصيرورة الحكم نهائيا.[3]

و بالتالي يظهر من جماع ما تقدم أن الطبيعة التهديدية للحكم الصادر ضد المتهم الغائب مشكوك فيها لاقتصارها علي العقوبات السالبة للحرية، أما ما عداها من العقوبات فتكون محلا للتنفيذ المعجل و قد لا يتم تدارك

---

١ المادة السابقة

٢ المادة ٣٩٤ إجراءات الجنائية

٣ ناينتي ناين عبد السلام، الحضور الاعتباري للمتهم أمام المحكمة الجنائية، الطبعة الأولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص٢٩٢

آثارها اذا ما ظل المتهم غائبا. هذا كله في ظل حرمان المتهم الغائب من إبداء دفاعه بالوكالة علي نحو يحرمه من ضمانة علي درجة خطيرة من الأهمية قد يترتب علي تمكينه منها إظهار وجه الحقيقة في الدعوي، و بالتالي تحقيق العدالة مقصد القضاة و جهاز العدالة باسره.[1]

وفي ضوء الخطورة التي تمثلها المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية بصفة خاصة، و التنظيم القانوني للمحاكمات الجنائية الغيابية طبقاً لنصوص قانون الإجراءات الجنائية المصري بصفة عامة، فان هذا البحث سيحاول الآن في بابين أن يجيب علي التساؤل الخاص بمدي دستورية و مدي تناسب الحظر الذي وضعته المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية، مع المبادئ الدستورية المستقرة والأنظمة القانونية المقارنة.

الباب الأول

مدي ملاءمة حظر الإستعانة بمدافع في ضوء المبادئ الدستورية المستقرة

تمهيد و تقسيم: تشكل المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية انتهاك ليس فقط للحقوق الدستورية الخاصة، كحق الدفاع و المساواة و اصل البراءة، و إنما كذلك للمبادئ الدستورية الكلية كمبدأ التناسب في العلاقات القانونية و الذي تسعي الدساتير كافة إلي تحقيقه بين المصلحة العامة من ناحية و حقوق الأفراد و حرياتهم من ناحية أخري. هذا بالإضافة

---

١ راجع في ذات المعني، الدكتور/ محمد جابر عبد العظيم، غياب المتهم في مرحلة المحاكمة، المرجع السابق، ص ٣٧٦. الدكتور/ علاء الصاوي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، المرجع السابق، ص ٤٥٦

الي وجود مجموعة من الاعتبارات العملية التي تدعو الي إعادة النظر في الحظر الذي شملته المادة ٣٨٨ إجراءات.

و بناء عليه، فينقسم هذا الباب إلي ثلاثة فصول أساسية، نعالج في الفصل الأول أوجه عدم دستورية المادة ٣٨٨ في ضوء المبادئ الدستورية المستقرة، علي أن نعرض في الفصل الثاني لمبدأ التناسب في العلاقات القانونية و مدي انتهاك المادة ٣٨٨ له. ثم نسرد مجموعة من الاعتبارات العملية التي تبرر الإقرار بحق المتهم بجناية الغائب في الاستعانة
بمدافع و ذلك في الفصل الثالث.

الفصل الأول

أوجه عدم دستورية المادة ٣٨٨ في ضوء المبادئ الدستورية المستقرة

تقديم و تقسيم:أثارت مسألة حضور محام عن المتهم بجناية إذا ما تغيب الأخير عن حضور جلسات المحاكمة جدلا واسعا في الأوساط القانونية و القضائية، خاصة في ظل وجود نص المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية، والتي حظرت صراحة أن يحضر أحد أمام محكمة الجنايات ليدافع أو ينوب عن المتهم الغائب، كما قدمنا.

وترجع أهمية هذا الجدل القانوني إلي تعلقه بالعديد من القضايا الجنائية التي شغلت،[١] ومازالت تشغل،[١] الرأي

١ الجدل الذي يثيره موضوع هذا البحث قديم و يتعلق غالبا بالمتهمين الهاربين خارج البلاد و الذين يصعب إعادتهم إليها. ذلك أنه حينما تطلب السلطات تسليمهم من الدول المتواجدون فيها فيكون مصير هذه الطلبات الرفض لأنها تستند الي أحكام غيابية لم يمكنوا فيها من حقهم في الدفاع. راجع علي سبيل المثال، عبد الجواد علي، المستشار فتحي رجب وكيل لجنة الشئون التشريعية والدستورية بالشوري القانون لا يدلل المتعثرين، الأهرام الاقتصادي، ٢٨

العام في مصر، و ارتباطه بالعديد من المشكلات القانونية العملية ذات الأهمية،[٢] كرفض تسليم المتهمين الصادر في

سبتمبر ٢٠٠٩. متاح علي الإنترنت: http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?Serial=83294&eid=518 آخر زيارة في ٢٦ سبتمبر ٢٠١٣. حيث يري المستشار فتحي رجب وكيل الشئون التشريعية بمجلس الشوري في ٢٠٠٩ انه "قد حان الوقت لأن يتدخل المشرع لتعديل المادة ٣٨٨= =من قانون الإجراءات الجنائية لتتفق مع حكم الدستور ولتتسق مع قانون القضاء العسكري في هذا الشأن أيضا وتواكب تطوره في هذا المضمار، وذلك حتي يمكن إتاحة الفرصة أمام عشرات بل مئات الأشخاص المحكوم عليهم غيابيا والموجودين خارج البلاد للعودة وتلقي المحاكمة العادلة. وإما أن تتدخل المحكمة الدستورية وتقضي بعدم دستورية النص الوارد في المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية، وإما أن يغفل القضاء المصري الشامخ أعمال هذه المادة، لأن القانون يسمح للقاضي بالا يعمل النص المخالف للدستور ويعلي عليه النص الدستوري".

١ حديثا ثار الجدل بشأن مدي دستورية المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية أمام المحاكم الجنائية و ذلك بمناسبة الفصل في قضايا الفساد المالي التي أحيلت الي المحاكم عقب ثورة ٢٥ يناير. و في احدي القضايا طلب المحامي جميل سعيد من هيئة المحكمة وقف الدعوى و التصريح له باتخاذ الإجراءات القانونية للطعن على نص المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية أمام المحكمة الدستورية العليا، لكن المحكمة رفضت طلبه و قضت في الدعوي غيابياً. و عن أهمية الطعن على المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية، اكد انه "تحويل الأحكام الصادرة غيابياً كي تصبح حضورية يساعد في القبض على الهاربين للخارج واسترداد الأموال المنهوبة، خاصة أن نتيجة الأحكام الغيابية عدم اعتراف الدول الأجنبية بها". راجع، جميل سعيد محامي الوزراء: لا يوجد قاض واحد ُمسيّس أو سُيّس بعد الثورة، جريدة المصري اليوم، عدد الاثنين ٤ يوليو ٢٠١١.

٢ هيومان رايتس واتش، مصر: "سؤال وجواب" حول محاكمة حسني مبارك، ٢٨ مايو ٢٠١٢، متاح علي الإنترنت: http://www.hrw.org/ar/news/2012/05/28 آخر زيارة بتاريخ ٢٦ سبتمبر ٢٠١٣. حيث أكد التقرير في السؤال السادس عشر علي انه "قد تقوض محاكمة المتهم غيابيا بعض من حقوقه الأساسية في المحاكمة العادلة كالحق في أن يكون حاضرا في أثناء المحاكمة والحق في أن يدافع عنه محام من اختياره والحق في استجواب الشهود. القانون الدولي لا يحبذ المحاكمات الغيابية ولكنه

حقهم أحكام جنائية غيابية لحرمانهم طبقا للمادة ٣٨٨ إجراءات جنائية من حقهم في الدفاع بالوكالة.[١] كل هذه الأمور و غيرها تدفعنا دفعا نحو دراسة نص المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية و محاولة تحليله من مختلف جوانبه، وذلك للوقوف على أوجه عدم دستوريته في محاولة لوضعه نصب أعين المشتغلين في مجال القانون من أجل النيل منه، ومحاولة السعي نحو الحصول علي حكم بعدم دستوريته، أو عله يصل قرع بحثنا إلي مسامع المشرع فيصلح بحكمته ما اعتور هذا النص من مجافاة و تعارض مع المبادئ الدستورية المستقرة.[٢]

لا يحظرها. وينبغي على النظم الوطنية التي تستخدم هذه الممارسة (المحاكمة الغيابية) على الأقل أن تؤسس ضمانات إجرائية لضمان حقوق المتهم الأساسية. وتشمل هذه المتطلبات أن يتم إخطار المتهم مسبقا ببدء إجراءات محاكمته وأن يتنازل بوضوح وبشكل قاطع عن حقه في أن يكون حاضرا. يجب أيضا أن يكون للمتهم الحق في أن يمثله دفاع في أثناء غيابه وينبغي له أن يكون قادرا على الحصول على فرصة جديدة لتقرير حيثيات إدانته إثر عودته للولاية القضائية المختصة. و القانون المصري لا يلبي الحد الأدنى من هذه المتطلبات. فالمادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية ترفض بشكل صريح حق المتهم الذي يحاكم غيابيا في أن يكون ممثلا وقت المحاكمة ... بالإضافة إلى ذلك، لا يتضمن القانون المصري أية ضمانة إجرائية تقتضي بأن تأخذ المحكمة في الاعتبار إن كان غياب المتهم متعمد أو أن تُقيم ما إذا كان المتهم تنازل= =بشكل قاطع و صريح عن حقه في أن يكون حاضرا في المحاكمة قبل أن تتخذ القرار بالمضي قدما في محاكمته غيابيا".

١ راجع لاحقا، الإعتبارات العملية للإقرار بحق المتهم بجناية الغائب في الاستعانة بمحام

٢ أثناء كتابة هذا البحث تم تعطيل العمل بالدستور المصري الصادر في ديسمبر ٢٠١٢ و شكلت لجنة من خمسين عضوا للنظر في تعديل بعض نصوص الدستور المعطل. و من متابعتنا لأعمال هذه اللجنة و لمسودة الدستور الصادرة عنها، اتضح لنا ان النصوص= =الدستورية التي سنعتمد عليها في الطعن علي دستورية المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية لم يشملها التعديل أو شملها تعديل جزئي

فالدستور بحسبانه المصدر الأعلى لسائر القواعد والقوانين والأنظمة الإدارية والقانونية الموجودة في الدولة، و بحكم سموه علي غيره من القواعد القانونية الأخرى، يعد بمثابة الإطار العام الذي يجب أن تدور في فلكه التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها، فسلامة القوانين والقرارات ومدى ملاءمتها واحترامها في داخل المجتمع تعتمد أساساً على مدى توافقها مع أحكام الدستور ذاته وما يشتمل عليه من ضمانات.

وقد عنيت المحكمة الدستورية العليا في مصر في مجال تطبيق الشرعية الدستورية التي تحكم القانون الجنائي بوجه عام وقانون الإجراءات الجنائية بوجه خاص، أن تستجلي تميز هذا القانون عن غيره من القوانين في تنظيم علاقات الأفراد بالمجتمع وفيما بين بعضهم البعض،[1] وأرست في سبيل ذلك العديد من الضمانات التي أحاط بها الدستور الإجراءات الجنائية، كضمانة الحق في المحاكمة المنصفة وحق الدفاع وقرينة البراءة وغير ذلك من الضمانات التي دأبت المحكمة الدستورية من خلال أحكامها على غرسها في قانون الإجراءات الجنائية وعقد نصوصه بها.

وينهض قانون الإجراءات الجنائية، بوجه عام، بمهمة تحديد التنظيم الإجرائي، وذلك من اجل ضمان تحقيق المصلحة الاجتماعية في جميع صورها سواء تلك

لا ينال من فحواها و إنما يؤكده و سنشير الي أي اختلاف في النص كلما دعي الي ذلك داع.

١ الدكتور/ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، ٢٠٠٢، ص ١٩

التي تهم المصلحة العامة على نحو مباشر أو تلك التي تهم حقوق وحريات أعضاء المجتمع. ذلك أنه اذا كانت الحماية الجنائية للحقوق و الحريات و المصلحة العامة تتم من خلال التجريم و العقاب، و كانت الإجراءات الجنائية تتخذ لتمكين الدولة من اقتضاء حقها في العقاب، فان ذلك لا يعني التضحية بحقوق و حريات الأفراد الذين يتم تجريم أفعالهم و العقاب عليها و اتخاذ الإجراءات الجنائية في مواجهتهم. فاذا كانت الحماية الجنائية للمصلحة العامة تتقرر بحسب الأصل بقانون العقوبات و الإجراءات الجنائية، و هي قوانين تأتي في مرتبة التشريعات العادية، فان حماية حقوق و حريات الأفراد يقررها الدستور ذاته و هو أعلي التشريعات مرتبة.[1] و من المقرر قانونا أنه اذا خالف نص تشريعي أحد النصوص الدستورية مخالفة صريحة فان هذا النص يهدر و لا يجب العمل به.

وقبل الخوض في بحث أوجه العوار الدستوري التي شابت نص المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية، نراه ضروريا أن نلقي الضوء علي بعض القواعد والأسس الدستورية الثابتة، والتي تساعد في فهم كيفية التعامل مع النصوص الدستورية وتحديد آلية تطبيقها علي الوجه الأمثل عند الفصل في مدي دستورية نص قانوني.

فمن القواعد المستقر عليها أنه إذا جاء النص الدستوري عاماً لا يجوز تقييد أو تخصيص نفاذه، فهناك نصوص دستورية ترسي قواعد ومبادئ دستورية عامة لا

---

١ المرجع السابق، ص ١٢

تنطوي على قيد و بالتالي تكون نافذة بذاتها،[1] وهناك نصوص أخرى ترسي أيضاً قواعد ومبادئ دستورية إلا أنها تقيد من نفاذها بالإحالة إلي القانون، ومن أمثلة هذا النوع الأخير من النصوص، ما ذهبت إليه المادة ٢٤ من الدستور المعطل والتي نصت على أن:

"الملكية الخاصة مصونة، ... ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي؛ ولا تنزع إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل يدفعُ مقدما. وذلك كله وفقا لما ينظمه القانون"

فبالرجوع لنص المادة السابقة يتضح أنها استهلت بإقرار مبدأ صيانة الملكية الخاصة و أشارت إلي أنه من اهم مظاهر هذه الصيانة هو عدم إمكانية فرض الحراسة عليها. غير أن هذه المادة ذاتها أوردت استثناء، بدونه لكان مبدأ صون الملكية الخاصة مطلقا من كل قيد، حيث أحالت إلي القانون لتبيان الحالات الاستثنائية من الأصل العام الذي قررته المادة و التي يجوز فيها فرض الحراسة علي الملكية الخاصة و نزعها للمنفعة العامة.

مثال آخر علي النصوص الدستورية التي تحيل في تحديد نطاق نفاذها إلي القانون ما قررته المادة ٦٤ من الدستور المعطل، والتي تنص على أنه:

"... ولا يجوز فرض أي عمل جبرا إلا بمقتضى قانون ... ولا يجوز فصل العامل إلا في الحالات المنصوص

---

1 For more details see, Susan Bandes, 'Reinventing Bivens: The Self-executing Constitution' (1995) 68 Southern California Law Review. 289, 292

عليها في القانون. والإضراب السلمى حق، وينظمه القانون".

فهذه المادة تناولت ثلاثة حقوق أساسية و هي عدم جواز إكراه شخص علي العمل رغما عنه، و عدم جواز فصل أي عامل، و أخيرا حق العمال في الإضراب السلمي. و لكن يلاحظ أن المادة المشار إليها بعاليه لم تورد تلك الحقوق مطلقة دون قيد، بل علي العكس أقرت المادة بإمكانية تقييد تلك الحقوق و ذلك حسب ما يرتئيه المشرع العادي. و بالتالي فاذا جاء المجلس التشريعي و فرض بعض القيود علي حق الإضراب، فلن يمكن النعي علي مسلكه بانه غير دستوري، طالما راعي مبدأ التناسب، المشار إليه لاحق، و ذلك لان الدستور ذاته قد أعطاه هذا الحق ابتداءً.

و بالتالي فان النصوص السابق ذكرها رغم أنها أرست مبادئ دستورية واجبة النفاذ، إلا أنها قيدت إعمال هذه المبادئ بالإحالة إلي القانون، والذي يجوز أن يتضمن ما يناهض هذه المبادئ، فلولا هذا القيد الذي زيل النص الدستوري لكان من اللازم نفاذ هذه المبادئ ووجوب احترامها دون استثناء.

علي خلاف النوع المشار إليه آنفا من النصوص الدستورية، يوجد نوع آخر من النصوص الدستورية والتي ترسي قواعد ومبادئ دستورية عامة دون أن تتضمن قيداً علي نفاذها، فهذا النوع يجب أن تلتزم التشريعات كافة باحترامه، و يكون نافذا بذاته ولا يجوز من حيث المبدأ أن يصدر تشريع مخالفاً له وإلا شابه عيب مخالفة الدستور و بالتالي استوجب القضاء بعدم دستوريته.

و الأمثلة علي هذا النوع من النصوص الدستورية كثيرة، نذكر منها علي سبيل المثال ما ذهبت إليه المادة ٣٦ من الدستور المعطل، إذ نصت على أن:

"كل من يقبض عليه، أو يحبس، أو تقيد حريته بأي قيد، تجب معاملته بما يحفظ كرامته .ولا يجوز تعذيبه، ولا ترهيبه، ولا إكراهه، ولا إيذاؤه بدنيا أو معنويا. ولا يكون حجزه ولا حبسه إلا في أماكن لائقة إنسانيا وصحيا، وخاضعة للإشراف القضائي ...".

و يلاحظ علي هذه المادة أنها، علي خلاف النوع السابق من النصوص التشريعية، جاءت خلوا من أي قيد و لم تحل إلي القانون لتحديد نطاق تطبيقها أو تقرير استثناء عليها. و بناء عليه، فان كل من تقيد حريته باي قيد لا يمكن تعذيبه و لا يكون حجزه إلا في السجون الخاضعة للإشراف القضائي دون أي استثناء علي هذا المبدأ العام. فاذا استثني المشرع العادي، علي سبيل المثال، بعض أماكن الاحتجاز من إشراف القضاء، كان هذا الاستثناء غير دستوري.

فنص المادة سالفة البيان أتي بمبادئ وقواعد دستورية عامة لا تنطوي على أي قيد أو استثناء في نفاذه يجيز التنصل من إعماله، فهذا النوع من النصوص لا يجوز، كقاعدة عامة، أن يصدر أي تشريع أو لائحة مخالفاً لما أرساه من مبادئ، وإلا كان مشوباً بعدم الدستورية.

وبعد هذا العرض الموجز، يجدر بنا أن نتسأل عن مدي اتفاق المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية فيما تضمنته من حظر حضور محام عن المتهم الغائب في جناية، مع المبادئ والقواعد التي أرساها الدستور، وكفلت

المحكمة الدستورية العليا حمايتها بمناسبة ما يعرض عليها من أقضية.

في الواقع أنه بمجرد مطالعة المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية و ما اشتملت عليه من حظر حضور محام عن المتهم الغائب، يظهر جليا ما تشكله هذه المادة و ما تلتها من مواد من انتهاك صارخ لحق الدفاع و إنكار مجحف لقرينة البراءة و إخلال جائر بمبدأ المساواة الذي يقرره الدستور لأصحاب المراكز القانونية المتماثلة.

و بناء عليه فسنقسم هذا الباب إلي ثلاثة مباحث، نعرض في كل مبحث لوجه من أوجه عدم دستورية المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية.

المبحث الأول
إنتهاك حق الدفاع

لقد نظم الدستور، في إطار من سيادة القانون، حق الدفاع Right to Defense،[١] محدداً بعض جوانبه، كافلاً إنفاذه باعتباره مفترضاً أولياً لصون حقوق الأفراد وحرياتهم سواء في ذلك تلك التي نص عليها الدستور أو التي قررتها التشريعات المعمول بها،[٢] فأورد في شأن هذا الحق حكماً

---

١ راجع، الدكتور/ محمود صالح العادلي، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩١

2 For more details concerning the basis of the Right to Counsel see, Mary Sue Backus and Paul Marcus, The Right to Counsel in Criminal Cases, A National Crisis, (2006) 57 Hastings Law Journal. 1031, 1041

قاطعاً،[1] حيث نص في المادة ٧٨ (١) من الدستور المعطل على المبدأ العام و هو أن:
"حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول".[2]

ثم أورد الدستور المعطل نص خاص بحق الدفاع المقرر للمتهم بجناية يؤكد فيه علي الأصل العام و لا ينفيه، حيث قرر في المادة ٧٧ (٢) منه أنه:
"... وكل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه...".

و هذا الحكم القاطع، كما وصفته المحكمة الدستورية العليا، للمادتين ٧٧ (٢) و ٧٨ من الدستور المعطل، يلقي بظلال كثيفة من الشك علي مدي اتفاق المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية مع الدستور و عدم مخالفتها الصريحة لأحكامه.[3] فضمانة الدفاع هذه، كما وصفتها المحكمة الدستورية العليا، "هي التي اعتبرها الدستور ركناً جوهرياً وركيزة أساسية في المحاكمة المنصفة التي تطلبها في

---

١ المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية، ٢ ديسمبر ١٩٩٥

٢ ادخل مشروع الدستور الذي أعدته لجنة الخمسين تعديلا طفيفا علي المادة ٧٣ و التي توازي المادة ٧٨ من الدستور المعطل ليكون نصها كالتالي "حق الدفاع أصالة، أو بالوكالة مكفول. و يضمن القانون لغير القادرين ماليًا وسائل الالتجاء إلى القضاء، والدفاع عن حقوقهم".

٣ عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ٢٠٠٤، ص ١٦٠. أشار المؤلف الي قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية قررت فيه انه "ليس للمحكمة ان ترفض قبول المحامي الذي توكل عن المتهم الغائب". تمييز جنائي، القرار رقم ١١٢٥، جلسة ١٩٧٧/٣/٨، مجموعة الأحكام العدلية، ص ٢٤٧. و هذا القرار يأتي بالمخالفة للمادة ٢٤٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني التي تقضي بانه "لا يقبل وكيل عن المتهم في المحاكمة الغيابية،...". راجع، الدكتور/ محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافي للنشر و التوزيع، ٢٠٠٥، ص ٤٨٦

المادة ٧٨ منه، كإطار للفصل في كل اتهام جنائي"،[١] و بالتالي فتخلفها، كما هو الحال وفقا للمادة ٣٨٨ إجراءات جنائية، يترتب عليه حتما إسباغ أي وصف آخر علي المحاكمة غير كونها منصفة.

كما أكدت المحكمة الدستورية العليا كذلك في العديد من أحكامها علي أن الحق في الدفاع لا يجوز أن يكون محلا للتقييد سواء بشكل كلي أو جزئي، و "من ثم لم يجز الدستور للسلطة التشريعية بما تصدره من تشريعات إهدار هذا الحق أو الانتقاص منه بما يعطل فعاليته أو يحد منها، كاشفاً بذلك عن أن إنكار ضمانة الدفاع أو تقييدها بما يخرجها عن الأغراض المقصودة منها، إنما يؤول في أغلب صوره إلي إسقاط الضمانة التي كفلها الدستور لكل مواطن في مجال الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وهو ما يعتبر هدماً للعدالة ذاتها بما يحول دون وقوفها سوية على قدميها".[٢] و لم تقصر المحكمة الدستورية العليا إنكار ضمانة الدفاع أو تقييدها كصور من النشاط المحظور علي السلطة التشريعية علي حق الدفاع بالأصالة فقط، و إنما ينصرف وفقا لها إلي الدفاع بالوكالة كذلك.[٣]

و لقد لاحظت المحكمة و بحق أن "النصوص التي أوردها الدستور في شأن حق الدفاع تتضافر جميعها في توكيد أن هذا الحق يعد ضمانة أساسية يضمن الدستور من خلالها الفاعلية لأحكامه التي تحول دون الإخلال بحقوق الأفراد وحرياتهم بغير الوسائل القانونية التي يقرها

---

١ المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 6 لسنة 13 قضائية، ١٦ مايو ١٩٩٢

٢ المرجع السابق

٣ المرجع السابق

الدستور".[١] و حينما يتعلق الأمر بالاتهام الجنائي فان الحق في الدفاع تكون له أهمية استثنائية و ذلك "باعتبار أن الإدانة التي يؤول إليها قد تفصل من الناحية الواقعية بينه وبين الجماعة التي ينتمي إليها منهية، أحيانا، آماله المشروعة في الحياة".[٢]

و بالرجوع إلي نص المادتين ٧٧ (٢) و ٧٨ من الدستور المعطل يتضح انهما ترسيان مبدأً دستورياً عاماً وهو أن "حق الدفاع بالأصالة أو بالوكالة مكفول" و أن "كل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه"، دون أن تضيف أياً منهما شرط يتعلق بوجوب حضور المتهم للاستفادة من حقه في الدفاع، فهما نصان من النصوص الغير متضمنة لأي استثناء أو قيد يحد من نفاذهما، و لم يشملا علي إحالة إلي القانون لتبيان شروط انطباقهما، فهما بالتالي نصان نافذان بذاتهما.[٣]

بل حتي حينما أحالت المادة ٧٨ من الدستور المعطل إلي القانون في الفقرة الثانية منها، و التي تلزم المشرع بان يكفل لغير القادرين ماليا وسائل الالتجاء إلي القضاء،[٤] ما فعلت ذلك إلا للتأكيد علي ما لحق الدفاع من

---

١ المرجع السابق

٢ المرجع السابق

٣ الدكتور/ عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، ص ١٥٨٣

٤ المادة ٧٨ (٢) من الدستور المعطل و التي يجري نصها علي انه "ويضمن القانون لغير القادرين ماليا وسائل الالتجاء إلى القضاء، والدفاع أمامه عن حقوقهم". و يلاحظ علي هذه المادة أنها أضيق نطاقا من المادة المقترحة في مسودة الدستور و التي توسع من نطاق التزام الدولة بتوفير حق الدفاع للموطنين غير القادرين ليشمل ليس فقط مباشرة هذا الحق الهام أمام القضاء،

قيمة، فاراد المشرع الدستوري بهذه الفقرة أن ينقل حق الدفاع من الاطار النظري إلي التطبيق العملي بتوجيهه المشرع نحو تقرير الوسائل الملائمة التي يعين بها المعوزين على صون حقوقهم وحرياتهم من خلال تأمين ضمانة الدفاع عنهم، وهي الضمانة اللازمة "كلما كان حضور المحامي في ذاته ضروريا كرادع لرجال السلطة العامة إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون مطمئنين إلى انتفاء الرقابة على أعمالهم أو غفوتها".[1]

و بناء عليه، و بعد ما أسردنا من قيمة دستورية للحق في الدفاع، فسيكون من غير المقبول تبرير حرمان المتهم الغائب من حقه في الدفاع بالوكالة بدعوي أن الحكم الذي يصدر ضده في غيبته هو حكم تهديدي، فقد أجازت المادة ٣٩٢ إجراءات جنائية، كما اسلفنا، تنفيذ كل ما يمكن تنفيذه من عقوبات علي المتهم الغائب مع حرمانه طبقا للمادة ٣٨٨ إجراءات جنائية من الدفاع عن نفسه من خلال وكيله الحاضر لهذا الغرض.[2]

و ختاما، فانه بالرجوع إلي نص المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية يتبين قدر تعارضه مع صريح نص المادة ٧٨ من الدستور المعطل، و الذي أورد حكما عاما واجب التطبيق بذاته، و بالتالي يشكل حظر حضور مدافع عن المتهم الغائب إهداراً لضمانة الدفاع التي كفلها

بل يمتد ليشمل "الدفاع عن حقوقهم" أمام أي جهة. راجع سابقا نص المادة المقترحة.

١ المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 6 لسنة 13 قضائية، ١٦ مايو ١٩٩٢

٢ راجع سابقا

الدستور أصالة أو بالوكالة علي نحو يستوجب القضاء بعدم دستوريته.

المبحث الثاني

الإخلال بالمساواة أمام القانون

يعد مبدأ المساواة أمام القانون Equality before the Law احد اهم المبادئ التي يقوم عليها القضاء الجنائي.[١] و يقتضي هذا المبدأ أن يكون لكل المتهمين ذات الحقوق في إطار القواعد الإجرائية و الموضوعية المعمول بها قانونا، بحيث يتوافر لكل متهم ذات ضمانة الدفاع التي يكفلها الدستور و القانون، و يتاح لكل منهم ذات وسائل الطعن في الأحكام المقررة لغيره من الخصوم. هذه المساواة هي التي تقود إلي تحقيق العدالة، و القضاء الذي لا يطبق المساواة بين المتقاضين أمامه لا يعد قضاء طبيعيا.[٢]

و لقد درجت الدساتير المصرية المتعاقبة، منذ دستور ١٩٢٣، علي التأكيد علي أهمية مبدأ المساواة بين المواطنين، و كفلت بالتالي "تطبيقه على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي".[٣] بل و أضحى هذا المبدأ في جوهره وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة للمواطنين جميعا و التي لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في

---

١ راجع، الدكتور/ فتوح الشاذلي، المساواة في الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٠. الدكتور/ أحمد شوقي أبو خطوة، المساواة في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، ١٩٩١. عبد الغني بسيوني، مبدأ المساواة أمام القضاء و كفالة حق التقاضي، منشأة المعرف.

٢ الدكتور/ عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، ٢٠٠٧، المرجع السابق، ص ١٠٢٧

٣ المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٥٦ لسنة ٢٤ قضائية، ١١ مايو ٢٠٠٣

الدستور، بل يمتد مجال إعمالها كذلك إلى الحقوق و الحريات التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية، وعلى ضوء ما ترتأيه محققاً للصالح العام.[١]

و قد قدرت الدساتير المتعاقبة أن جوهر مبدأ المساواة و غايته تتمثل في صون حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها.[٢] و علي الرغم من أن الدساتير السابقة علي الدستور المعطل قد دأبت علي تعداد أوجه التمييز المحرم ما بين المواطنين "على أساس من الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة"،[٣] فان هذا التعداد في الدستور لصور بعينها يكون التمييز محظورا فيها لا يدل البتة على انحصاره فيها دون غيرها، و إنما لكونها الأكثر شيوعا في الحياة العملية، و إلا "لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزا دستوريا، وهو ما يناقض المساواة التي كفلها الدستور و يحول دون تحقيق الأغراض التي قصد إليها من إرسائها".[٤]

و لما كانت صور التمييز المجافية للدستور يتعذر حصرها، فأن "قوامها هو كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور أو القانون، سواء بإنكار أصل وجودها أو تعطيل أو انتقاص آثارها، بما يحول دون مباشرتها على قدم من المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً للانتفاع بها".[٥]

---

١ المرجع السابق

٢ المرجع السابق

٣ المادة ٤٠ من دستور ١٩٧١ الملغي

٤ المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 6 لسنة 13 قضائية، ١٦ مايو ١٩٩٢

٥ المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 193 لسنة 19 قضائية، ٦ مايو ٢٠٠٠

و لقد فطن المشرع الدستوري، سواء في الدستور المعطل أو في مسودة الدستور، للتفسير الذي تبنته المحكمة الدستورية العليا لمبدأ المساواة فأوردا نصا عاما يتسع لكل صور التمييز بين المواطنين فيحظرها، فالمواطنون وفقا لهما "لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات، لا تمييز بينهم "في ذلك" بسبب الجنس، أو النو ع، أو الأصل، أو اللغة، أو الدين، أو العقيدة" أو "لأى سبب أخر".[1]

و اذا كانت القاعدة أن المواطنون لدي القانون سواء، و أنه لا يجوز التمييز بينهم علي أي أساس، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة عن كل قيد. فمبدأ المساواة أمام القانون، كما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا، "ليس مبدأ تلقينيًا جامدًا منافيًا للضرورة العملية، ولا هو بقاعدة صماء تنبذ صور التمييز جميعها، ولا كافلاً لتلك الدقة الحسابية التي تقتضيها موازين العدل المطلق بين الأشياء"،[2] و إنما من الجائز "أن تغاير السلطة التشريعية ووفقًا لمقاييس منطقية بين مراكز لا تتحد معطياتها أو

---

١ المادة ٣٨ من مسودة الدستور التي أعدتها لجنة الخمسين. و هذه المادة تقابل المادة ٣٣ من الدستور المعطل و التي كان يجري نصها على أن "المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك"

٢ المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 20 لسنة 34 قضائية، ١٤ يونيه ٢٠١٢ و أضافت المحكمة ان "... ما يصون مبدأ المساواة، ولا ينتقص محتواه، هو ذلك التنظيم الذى يقيم تقسيمًا تشريعيًا ترتبط فيه النصوص القانونية التي يضمها بالأغراض المشروعة التي يتوخاها، فإذا قام الدليل على انفصال هذه النصوص عن أهدافها، كان التمييز انفلاتًا لا تبصر فيه، كذلك الأمر إذا كان اتصال الوسائل بالمقاصد واهيًا، فإن التمييز يعتبر عندئذ مستندًا إلى وقائع يتعذر أن يحمل عليها، فلا يكون مشروعًا دستوريًا".

تتباين فيما بينها في الأسس التي تقوم عليها، على أن تكون الفوارق بينها حقيقية لا اصطناع فيها ولا تخيل".[1]

وبناء عليه، "فإذا قام التماثل في المراكز القانونية التي تنتظم بعض فئات المواطنين، وتساووا بالتالي في العناصر التي تكونها، استوجب ذلك وحدة القاعدة القانونية التي ينبغي أن تنتظمهم، ولازم ذلك، أن المشرع عليه أن يتدخل دوماً بأدواته لتحقيق المساواة بين ذوى المراكز القانونية المتماثلة، أو لمداركة ما فاته في هذا الشأن".[2] و بغير ذلك فان المشرع يكون قد أقام نوعاً من التمييز يفتقر إلي الأسس الموضوعية التي تسوغه، ويخالف بالتالي أحد المبادئ الدستورية التي عني الدستور بكفالتها وهو مبدأ المساواة.

وحيث أن المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية قد حظرت علي المتهم بجناية الغائب أن يحضر محام نيابة عنه لتقديم دفاعه، فان هذه المادة، و بالإضافة إلي إخلالها بحق المتهم الغائب في الدفاع كما اسلفنا، قد جاءت مناهضة لمبدأ المساواة الذي أكدت عليه المادة ٣٣ من الدستور المعطل.

و يظهر وجه انتهاك المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية لمبدأ المساواة عند مقارنتها بالمادة ٢٣٧ من ذات القانون و التي تنظم المحاكمات الجنائية الغيابية في الجنح و المخالفات،[3] حيث تقرر أنه "أما في الجنح الأخرى وفي

---

١ المرجع السابق

٢ المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 193 لسنة 19 قضائية، ٦ مايو ٢٠٠٠

٣ الدكتور/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص ٧٥٣

المخالفات فيجوز له، أي المتهم، أن ينيب عنه وكيلاً لتقديم دفاعه".[1]

فوجه الإخلال بالتالي بمبدأ المساواة بين المتهم في جناية و المتهم بجنحة أو مخالفة ممن ينطبق عليهم نص المادة ٢/٢٣٧ المشار إليها، هو أن الأول يحظر عليه أن ينيب عنه وكيلا لتقديم دفاعه، في حين يجاز ذلك للثاني، و ذلك علي الرغم من تماثل المراكز القانونية بينهما، فكلاهما متهم بارتكاب جريمة يخضع في محاكمتها لقانون إجرائي واحد، و هو قانون الإجراءات الجنائية، كما أن كلاهما يستحق ذات الضمانات التي يتمتع بها المتهم و لاسيما افتراض براءته لحين ثبوت إدانته. فكل ذلك يفترض وحدة القاعدة القانونية التي تنتظمهم، واختلاف المعاملة فيما بينهم رغم ذلك يقيم نوعاً من التمييز مفتقراً للأسس الموضوعية التي تسوغه، مما يصمه بعدم الدستورية لمخالفته لمبدأ المساواة الذي كفله الدستور.

ولعل المحكمة الدستورية العليا في تقديرها لمدى خطورة القوانين الجنائية، وعلى الأخص قانون الإجراءات الجنائية لارتباطه الشديد بحقوق الأفراد وحرياتهم، قد عنيت خلال بحثها لدستورية أي من مواده إلي التأكيد علي المبادئ وثيقة الصلة به، وعلى وجه الخصوص مبدأ المساواة الذي يعد هو و ضمانة الدفاع و أصل البراءة من

---

١ علي الرغم من أن المادة ١/٢٣٧ إجراءات جنائية توجب حضور المتهم بشخصه في الجنح المعاقب عليها بالحبس الذي يوجب القانون تنفيذه فور صدور الحكم به و لا تجيز له الحضور التمثيلي، فان المادة ٤/٦٤ إجراءات جنائية بعد تعديلها بالقانون ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ قد أدخلت استثناء عليها اصبح بمقتضاه من حق المتهم ان ينيب محام لتقديم دفاعه دون أن يلتزم بالحضور الشخصي اذا كانت الجنحة قد رفعت عليه بالطريق المباشر.

أهم المبادئ التي كفلها الدستور، فأكدت المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها أنه:

"إذا كان النص المطعون فيه، المادة ٢٠٨ مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية، قد أجاز فرض قيود على أموال الأشخاص الذين توافرت من خلال التحقيق معهم دلائل كافية على تورطهم في أحد الجرائم التي عينها، بما يحول دون إدارتهم لها أو تصرفهم فيها، وهي قيود لا سند لها من النصوص الدستورية ذاتها، مميزاً بذلك بين هؤلاء وغيرهم من المواطنين، بل بينهم وبين غيرهم من المتهمين المدعى ارتكابهم جرائم أخرى غير التي حددها النص، وكان هؤلاء وهؤلاء يضمهم جميعاً مركز قانوني واحد، وهو افتراض براءتهم، فإن التمييز بينهم وبين غيرهم، وعلى غير سند من الدستور وأصل البراءة يجمعهم، يكون منافيا حكم العقل Unreasonable ظاهر التحكم Palpably Arbitrary، ومخالفا بالتالي للدستور".[١]

و لا تقتصر مخالفة المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية لمبدأ المساواة علي المتهمين في جنحة ممن يشملهم نص المادة ٢/٢٣٧ سالفة الذكر، بل تمتد المخالفة لتشمل

---

١ المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية، ٥ أكتوبر ١٩٩٦; كما قضت في حكم أخر لها "إن الناس لا يتمايزون فيما بينهم في مجال حقهم في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي ولا في نطاق القواعد الموضوعية والإجرائية التي تحكم الخصومة عينها، ولا في فعالية ضمانة الدفاع التي يكفلها الدستور للحقوق التي تطلبها، ولا في اقتضائها وفق مقاييس واحدة عند توافر شروط طلبها، ولا في طرق الطعن التي تنتظمها، بل يجب أن يكون للحقوق ذاتها، قواعد موحدة سواء في مجال التداعي= =بشأنها، أو الدفاع عنها، أو استعدائها أو الطعن في الأحكام الصادرة فيها، ولا يجوز بالتالي أن يعطل المشرع إعمال هذه القواعد في شأن فئة بذاتها من المواطنين". راجع، المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 79 لسنة ١٨ قضائية، ٦ ديسمبر ١٩٩٧

المتهمين بجناية أمام المحاكم العسكرية ممن ينطبق عليهم المواد ٧٤ و ٧٧ من قانون القضاء العسكري.[١] فوفقا لهاتين المادتين اذا تغيب المتهم بجناية عن حضور الجلسة المحددة لنظر قضيته بعد إعلانه وفقا للقانون، فانه يجوز للمحكمة العسكرية أن تحكم عليه في غيبته،[٢] و في هذه الحالة يكون واجبا على المحكمة أن تحقق الدعوى أمامها كما لو كان المتهم حاضرا.[٣] و هذا يقتضي بطبيعة الحال، و كما جري عليه العمل أمام القضاء العسكري،[٤] أنه إذا لم يكن لهذا المتهم بجناية محام، فان رئيس المحكمة العسكرية يكون عليه أن يندب له محاميا للدفاع عنه، سواء كان هذا المحامي ضابطا بالقوات المسلحة، أو محاميا مدنيا وفق أحكام القانون العام.[٥]

و مما تقدم يتضح أن المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية، و التي تتعلق بمحاكمة المتهم بجناية الغائب أمام قاضيه الطبيعي، قد قررت حكما لا ترقي فيه إلي مثيلتها الخاصة بمحاكمة المتهم بجنحة الغائب، بل حتي فشلت في مجاراة التنظيم القانوني للمحاكمات الجنائية الغيابية أمام القضاء العسكري، و الذي يعد قضاء استثنائي طالما اتهم بتقصيره في حماية حقوق المتهمين أمامه. فاذا كان حضور مدافع

---

١ الدكتور/ عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، ٢٠١٣، المرجع السابق، ص ١٥٨٢

٢ الدكتور/ بكري يوسف بكري، محاكمة المدنيين أمام القضاء العسكري، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٣، ص ١٠٢

٣ المادة ٧٧ من قانون القضاء العسكري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦

٤ الدكتور/ عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، ٢٠١٣، المرجع السابق، ص ١٥٨٢

٥ المادة ٧٤ من قانون القضاء العسكري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦

عن المتهم بجنحة امر هام، فان حضوره عن متهم في جناية هو أولي و اهم، فهي الجريمة الأكثر خطورة و الأغلظ عقوبة.[1] و اذا كان حضور مدافع عن المتهم بجناية الغائب أمام القضاء العسكري امر تقتضيه طبائع الأمور، فان حضوره أمام القاضي الطبيعي هو من لوازم المحاكمة المنصفة.

ولما كان ذلك، و حيث أن قانون الإجراءات الجنائية في مادته ٣٨٨ قد حرم المتهم في جناية في حالة غيابه عن الجلسة من حضور من يدافع أو ينوب عنه، وأجاز في الوقت ذاته لمن عداه من المتهمين في جنحة أو مخالفة، وتنطبق عليهم المادة ٢/٢٣٧، حق حضور من يدافع أو ينوب عنهم، و كذلك فعل قانون القضاء العسكري، فان ذلك منه يعد نوعاً من التمييز التحكمي بين المتهمين رغم تماثل مراكزهم القانونية وهو افتراض براءتهم، وبالتالي أخل بهذا التمييز بنص المادة ٣٣ من الدستور المعطل والتي كفلت المساواة بين المواطنين وذلك دون مسوغ أو أساس قويم، فإن هذا ادعي أن يوصم النص المشار إليه بعدم الدستورية.

المبحث الثالث

الإخلال بأصل البراءة

يقصد بأصل البراءة Presumption of Innocence أن المتهم برئ من التهمة الموجهة إليه حتي تثبت إدانته بحكم قضائي

---

١ راجع، الدكتور/ حسن صادق المرصفاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية، معهد البحوث و الدراسات العربية، ١٩٧٣، ص ١٢٣

بات بعد محاكمة عادلة يكفل له فيها جميع الضمانات.[1] و يرجع الأساس القانوني لأصل البراءة في كونه الركيزة الأساسية للشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية. فاذا كان المبدأ الحاكم لقانون العقوبات، كقانون موضوعي، هو أن الأصل في الأشياء الإباحة و أنه لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص، فان هذا يستتبع و بطريق اللزوم العقلي أن يكون المبدأ الحاكم للإجراءات الجنائية هو أن الأصل في الإنسان البراءة، فكلاهما وجهان لعملة واحدة.[2] و لذلك، فان أصل البراءة يحتل مكان الصدارة في الإجراءات الجنائية التي تتم في مواجهة أي متهم بجريمة، و ذلك لأنه يتفرع عنه جميع الضمانات الأخرى التي يتمتع بها هذا المتهم.

فحق الدفاع، و مبدأ المساواة، و استقلال القضاء الجنائي و حياديته، و ضوابط الإثبات الجنائي التي تلقي بعبء إثبات التهمة علي سلطة الاتهام و تقرر أن الشك يفسر لمصلحة المتهم، كل هذه الضمانات منحت للمتهم كنتيجة لأصل البراءة الثابت في حقه و لحمايته من أي اتهام لا يؤيده دليل حاسم.[3] كما يمتد اثر اصل البراءة إلي جميع الإجراءات التحفظية التي تتخذ ضد المتهم،[4] فيقيد

---

١ الدكتور/ علاء الصاوي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، المرجع السابق، ص ٤٨٩

٢ الدكتور/ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ١٧٥

٣ الدكتور/ محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة و النشر، ص ٥٣

٤ الدكتور/ عبد الرحيم صدقي، الحبس الاحتياطي، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٩٤، ص ١٩. الدكتور/ حسن المرصفاوي، الحبس الاحتياطي و ضمان حرية الفرد في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٤.

القانون منها قدر المستطاع و يضع شروط صارمة لممارستها انطلاقا من أن هذه الإجراءات إنما تتخذ ضد متهم برئ لم تثبت إدانته بعد.[1]

و نظرا للأهمية القصوى لأصل البراءة، فقد حظي باهتمام جميع الشرائع السماوية و الوضعية علي مر العصور.[2] فأرست دعائمه الشريعة الإسلامية الغراء منذ

الدكتور/ إسماعيل محمد سلامة، الحبس الاحتياطي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٩.

١ في هذا المعني تقول المحكمة الدستورية العليا، ببلاغتها المعهودة، ان "أصل البراءة يعتبر جزءاً لا يتجزأ من محاكمة تتم إنصافاً باعتباره متساندا مع عناصر أخرى تشكل مقوماتها، وتمثل في مجموعها حداً أدنى من الحقوق اللازمة لإدارتها، ويندرج تحتها أن يكون لكل من المتهم وسلطة الإتهام، الوسائل عينها التي يتكافأ بها مركزيهما سواء في مجال دحض التهمة أو إثباتها، وهى بعد حقوق لا يجوز الحرمان منها أو تهميشها سواء تعلق الأمر بشخص يعتبر متهماً أو مشتبهاً فيه. وقد أقرتها الشرائع جميعها ـ لا لتظل المذنبين بحمايتها ـ وإنما لتدرأ بمقتضاها وطأة الجزاء المقررة للجريمة التي خالطتها شبهة ارتكابها بما يحول دون القطع بوقوعها ممن أسند إليهم الإتهام بإتيانها، إذ لا يعتبر هذا الإتهام كافياً لهدم أصل البراءة، ولا مثبتاً لواقعة تقوم بها الجريمة، ولا حائلاً= =دون التدليل عليها، بل يظل هذا الأصل قائماً إلى أن ينقض من خلال حكم قضائي صار باتاً بعد أن أحاط بالتهمة عن بصر وبصيرة، وخلص إلى أن الدليل على صحتها ـ بكل مكوناتها ـ كان نقياً متكاملاً". المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية، ٣ يناير ١٩٩٨

٢ في ذات المعني تقرر المحكمة الدستورية العليا ان "وحيث إن حق الفرد في الحرية ينبغي أن يوازن بحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الحيوية، انطلاقا من إيمان الأمم المتحضرة بأن النظم العقابية جميعها تتقيد بأغراضها النهائية، التي تكفل لكل متهم حداً أدنى من الحقوق التي لا يجوز النزول عنها أو الإخلال بها، فلا يكون الفصل في الاتهام الجنائي إلا إنصافا، وبما يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها. ويندرج تحت هذه الحقوق افتراض البراءة باعتباره أصلا ثابتا يتعلق بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، وليس بنوع أو قدر العقوبة المقررة لها، ولأن مؤداه ألا تعتبر واقعة تقوم بها

اكثر من أربعة عشر قرنا،[1] حيث سطر الله في محكم تنزيله "إن الظن لا يغني من الحق شيئا"،[2] و بالتالي فما ثبت يقينا، أي البراءة، فلا يرتفع إلا بيقين مثله و لا يزول بالشك، أي مجرد الاتهام،[3] و ذلك تطبيقا لقول الرسول الكريم "ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله فإن الإمام يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة".[4] و قد اشتق جمهور العلماء اصل البراءة كذلك من القاعدة الأصولية أن "الأصل براءة الذمة" و هي القاعدة التي تطبق علي جميع فروع القانون دون أن تقتصر علي القانون الجنائي وحده، فمن يتهم شخص بجرم يقع عليه عبء إثبات ما ادعاه.[5]

كما تبنت المواثيق الدولية مبدأ اصل البراءة حتي اضحي مبدءاً من المبادئ العليا للقانون Peremptory Norms

---

الجريمة، ثابتة بغير دليل، فلا يفترضها المشرع". المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية ،١ فبراير ١٩٩٧

١ الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ١٩٥٧، ص٢٩١

٢ سورة النجم، الآية ٢٨

٣ الدكتور/ مأمون سلامة، المبادئ العامة للإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي، مجلة القانون و الاقتصاد، عدد خاص بدراسات في حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، ١٩٨٠، ص ١٥٢; الدكتور/محمد محي الدين عوض، درء الحدود بالشبهات، مجلة قضايا الحكومة، عدد ٣٣، ديسمبر ١٩٧٨

٤ رواه الترمذي، الجامع الصحيح المشتهر بسنن الترمذي، دار الفكر للطباعة، بيروت، ص١٣٣

٥ الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، المرجع السابق، ص ١٩٢. وفي تأصيل مبدأ "ان الأصل في الإنسان البراءة" يقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله "الاستصحاب يؤخذ به في قانون العقوبات، وهو أصل فيه، لأن الأمور على الإباحة ما لم يقم نص يثبت التجريم والعقوبة، وأن قضية المتهم برئ حتى يقوم دليل على ثبوت التهمة ... هي مبنية على الاستصحاب، وهو استصحاب البراءة الأصلية".

التـي لا يجـوز إهـدارها أو الانتقـاص منهـا.[1] فنصـت عليـه جميع الاتفاقيات الدولية المعنية بالمحاكمات العادلة و حقوق الإنسـان أمـام القضـاء الجنـائي، كـالإعلان العـالمي لحقـوق الإنسان،[2] و العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية.[3]

أمـا علـي مسـتوي التشـريعات الداخليـة، فـان أصـل البـراءة هـو قاعـدة قانونيـة دسـتورية اسـتقر العمـل علـى تطبيقها في جميع الدول الديمقراطية، فنصت عليـه الاتفاقيـة

1 Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add.11 (2001), para 11. The report stressed that "States parties may in no circumstances invoke article 4 of the Covenant as justification for acting in violation of humanitarian law or peremptory norms of international law, for instance by taking hostages, by imposing collective punishments, through arbitrary deprivations of liberty or by deviating from fundamental principles of fair trial, including the presumption of innocence".

2 Universal Declaration of Human Rights, adopted by the United Nations General Assembly on 10 December 1948. Article 11 (1) states that "Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence".

3 International Covenant on Civil and Political Rights, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entered into force on 23= =March 1976. Article 14 (2) provides that "Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law".

الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية،[1] و وصفه القاضي البريطاني John Sankey في حكمه الشهير بمجلس اللوردات البريطاني بأنه الخيط الذهبي في نسيج ثوب القانون الجنائي،[2] كما إتجه قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي نحو حمايته حين قرر استبدال كلمة "متهم"، الواردة بمفرداتها الثلاثة – Inculpé – Prévenu Accusé، بكلمة "الشخص محل الملاحظة" La personne mise en examen.[3] و لا يجب أن ينظر إلي هذا التعديل باعتباره تغيير

---

1 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, drafted in 1950 and entered into force on 3 September 1953. Article 6 (2) of which provides that "Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law".

2 Woolmington v DPP, United Kingdom House of Lords, 23 May 1935. In articulating the ruling, Lord Sankey made his famous "Golden thread" speech stating that:

"Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject to... the defence of insanity and subject also to any statutory exception. If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner... the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained". =

= The conviction was overturned, and Woolmington was acquitted. He was released three days before his scheduled execution date.

٣ الدكتور/ علاء الصاوي، حق المتهم في محاكمة عادلة، المرجع السابق، ص ٥٢٠

شكلي في الألفاظ، و إنما هو تعديل يعكس إرادة المشرع الفرنسي في تقرير حماية حقيقية لأصل البراءة يمكن اقتفاء اثرها في غيره من التعديلات التشريعية و القوانين،[1] و التي توجها المشرع بإضافة حماية مدنية و جنائية للمبدأ في المادة الافتتاحية لقانون الإجراءات الجنائية لتعصمه من كل اعتداء قد يقع عليه.[2]

---

١ الدكتور / أحمد لطفى السيد، حماية أصل البراءة في المتهم، متوافر علي الإنترنت:

http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?Action=Display&ID=38229&Type=3

حيث أشار سيادته الي مجموعة من التعديلات التي أدخلت علي قانون الإجراءات الجنائية و القانون المدني الفرنسي و التي تمت بغرض حماية اصل البراءة الثابت للمتهم ضد انتهاكه من قبل السلطة أو العامة أو الإعلام. "واستكمالاً من المشرع الفرنسي لغطاء الحماية الواجبة لمبدأ أصل البراءة أكد القانون رقم ٢-٩٣ الصادر في ٤ يناير لعام ١٩٩٣ على تعديل المادة التاسعة من القانون المدني الفرنسي بأن جعل من حماية افتراض البراءة حقاً ذاتياً يجيز لكل فرد انتهكت براءته اللجوء للقضاء للمطالبة بوقف انتهاك افتراض البراءة. كما نص في الفقرة الثانية من المادة التاسعة سالفة البيان إلى حق القاضي بأن يطلب فوراً بإدخال تصحيح للأخبار التي نشرت في حق شخص أو وقائع ما زالت محلاً لتحقيق قضائي وذلك بغية إيقاف انتهاك افتراض البراءة وذلك على نفقة المسئول عن هذا الانتهاك. كما "أضاف القانون رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٠ نصاً (م.٣٥-٣) إلى قانون حرية الصحافة جرم به النشر، بأي وسيلة كانت، وعلى أي دعامة، لصورة شخص معروف أو قابل للتعريف، مقيد بالأغلال أو الأثقال إذا كان محلاً لإجراء جنائي لم يصدر فيه حكم بالإدانة دون موافقته".

2 French Code of Criminal Procedures, Preliminary Article, added by the law no. 2000-516 of 15 June 2000, Article 1 Official Journal of 16 June 2000, para 3= =stipulated that "Every person suspected or prosecuted is presumed innocent as long as his guilt has not been established. Attacks on his presumption of innocence are proscribed, compensated and punished in the circumstances laid down by statute".

أما علي المستوي الوطني، فلقد ورد النص علي اصل البراءة في الدساتير المصرية المتعاقبة، و اكد عليه الدستور المعطل فقرر أن "... المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه ...".[1]

و تطبيقا لهذا المبدأ الدستوري، فان المحكمة الدستورية العليا قد أهدرت العديد من النصوص التشريعية التي حاولت النيل من اصل البراءة الثابت للإنسان، و إن صار متهما، طالما أنه لم يصدر حكم بات بإدانته، حيث أكدت أن "إفتراض براءة المتهم، لا يعدو أن يكون إستصحاباً للفطرة التي جبل الإنسان عليها، ... ومن ثم كان أصل البراءة ... لازماً لحماية الحقوق الرئيسية التي كفلتها المادة ٦٧ من الدستور لكل متهم، ... ، بما مؤداه أن هذه البراءة لا يجوز تعليقها على شرط يحول دون إنفاذ محتواها، ولا تعطيلها من خلال إتهام يكون متهاوياً، ... بل إن الإخلال بها، و باعتبارها مبدأ بدهياً An Axiomatic Precept يعد خطأ لا يغتفر A prejudicial Error مستوجباً نقض كل قرار لا يتوافق معها".[2]

و اذا كان أصل البراءة هو المبدأ الحاكم لقانون الإجراءات الجنائية، و بالتالي فهو المصدر الذي يتفرع عنه جميع الضمانات التي يتمتع بها المتهم بلا استثناء، إلا أنه يوجد تلازم حتمي و صلة خاصة لا انفكاك منها تجمع اصل البراءة بحق الدفاع. و يظهر ذلك جليا من قراءة

---

١ المادة ٧٧ من الدستور المعطل و التي تتماثل مع المادة ٧١ في مسودة لجنة الخمسين دون تعديل علي الشق الخاص بقرينة البراءة.

٢ المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٢٩ لسنة 18 قضائية، ٣ يناير ١٩٩٨

المادة ٧٧ من الدستور المعطل و التي اختارت حق الدفاع دون غيره من الحقوق المقررة للمتهم لتقرنه بأصل البراءة باعتباره الأساس المتين الذي تقوم عليه المحاكمة العادلة.[١]

و لقد فطنت المحكمة الدستورية العليا لهذه الرابطة التي لا انفصام لها بين افتراض البراءة و حق المتهم في الدفاع، فأكدت بكلمات قوية لا يخالجها شك و لا ينقصها حزم أن "إفتراض البراءة يبدو أكثر ضرورة في مجال حقوق الدفاع بالنظر إلى أن الوسائل الإجرائية التي تملكها النيابة العامة في مجال إثباتها للجريمة، تدعمها موارد ضخمة يقصر المتهم عنها، ولا يوازنها إلا إفتراض البراءة". و هو افتراض استقر قضاء المحكمة الدستورية "على اقترانه بوسائل إجرائية إلزامية تعتبر من زاوية دستورية وثيقة الصلة بالحق في الدفاع، ومن بينها أن المتهم لا يكون مكلفا بدفع اتهام جنائي إلا بعد أن تقدم النيابة العامة بنفسها ما تراه من وجهة نظرها إثباتا للجريمة التي نسبتها إليه، لينشأ بعدئذ للمتهم الحق في نفيها ودحضها بالوسائل التي يملكها قانونا"،[٢] و ذلك "لضمان ألا يدان عن الجريمة ما لم يكن الدليل عليها مبرءاً من كل شبهة لها أساسها Dans la doute, on acquitte ، ... و يكون لكل متهم، و إرتكاناً إلى هذا الأصل، أن يظل "إبتداء" صامتاً، وأن يفيد "إنتهاء" مما يعتبر شكاً معقولاً Doute raisonable محيطاً بالتهمة من جهة ثبوتها".[٣]

---

١ راجع نص المادة ٧٧ سابق الإشارة إليه

٢ المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية ،١ فبراير ١٩٩٧

٣ المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية، ٣ يناير ١٩٩٨

لما كان ذلك، و حيث أن المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية قد حظرت علي المتهم بجناية الغائب أن يحضر محام نيابة عنه لتقديم دفاعه، فإن ذلك منها، فضلاً عن كونه إخلال بحق الدفاع وانتهاك لمبدأ المساواة كما اسلفنا، يشكل إهداراً لأصل البراءة الذي كفله الدستور له. فهذا الحظر، و الحال كذلك، ينبئ عن أن المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية قد افترضت توافر حالة في هذا المتهم تحمل على معاملته معاملة خاصة فعاقبته لغيابه، و هو البريء بعد، بحرمانه من حق من الحقوق التي قررها له الدستور في نص عام قرن فيه بين اصل البراءة و حق الدفاع كأساسين لأي محاكمة منصفة.

و لا يستقيم القول بان الحكم الغيابي هو حكم تهديدي لتبرير انتهاك اصل البراءة الثابت في المتهم، فالمحاكمة الغيابية و الحكم الصادر فيها هي محاكمة و حكم يستطيل اثرهما و يمتد ليطال أموال المتهم بقيد فيحظر عليه إدارتها، و ينالها بنقص فيفرض عليه تارة أن يدفع تعويض منها و تارة أخري يؤدي غرامة أو مصادرة، و يصيب أهليته فيحرمه من أن يرفع أي دعوى باسمه، و يتربص بكل تصرف أو التزام يتعهد به المحكوم عليه فيبطله. كل ذلك في ظل حق في الدفاع محجوب عنه فلا ينطق بوكيل إلا اذا اسلم نفسه إلي المحكمة.

يضاف إلي ما سبق من طعن في اصل البراءة الثابت للمتهم بجناية، مغايرة قانون الإجراءات الجنائية في معاملة المتهم الغائب في جنحة بإقراره حق حضور من يدافع عنه، ثم إنكاره لهذا الحق في حالة غيابه عن الحضور وحضور وكيل عنه إذا كان متهماً في جناية. فهذا

من المشرع، بالإضافة إلي كونه انتهاك لمبدأ المساواة كما اسلفنا، يعد افتئاتاً على أصل البراءة وإخلالا به. فالمتهم في الحالتين يتمتع بذات المركز القانوني وهو افتراض براءته، وحضور من يدافع أو ينوب عنه أمام المحكمة يعد من النتائج المترتبة على هذا الأصل، والقول بغير ذلك فيه إنكار لحق البراءة وإنقاص من إعماله وفعاليته.

و ختاما لذلك، فنؤكد أنه طالما أن المتهم كأصل ثابت برئ حتى تثبت إدانته، ليس بحكم قضائي فحسب، بل بحكم قضائي بات، فكيف يستقيم إذاً القول بعدم جواز حضور من يدافع أو ينوب عنه أمام المحكمة الجنائية متى كان غائباً، فحضور المتهم أو غيابه لا يغير من أصل البراءة المفترض في حقه، فالمتهم وإن كان غائباً عن المحاكمة إلا أنه ما زال بريئاً ولا يجوز المحاجة في ذلك إلا بحكم قضائي بات، وما نصت عليه المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية يحد من هذا الأصل بل ينكره إن صح التعبير، مما يصمه بمخالفة الدستور من هذه الواجهة.

ومن جماع ما تقدم، يتأكد بما لا يدع مجالاً للشك أن المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية قد جاءت مخالفة للمواد ٣٣ ، ٧٧ ، ٧٨ من الدستور المعطل لما فيها من إخلال وانتهاك للمبادئ والأحكام التي أرستها وكفلتها كل منها مما يصمها بعدم الدستورية.

و توطئة للفصل القادم نؤكد أن أوجه عدم دستورية المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية لا تقف عند حد النصوص الدستورية الصريحة و الحقوق المشمولة بحمايتها، بل تتخطاها لتشطط بما حوته من حظر متجاوزة ما يجب أن تتصف به الإجراءات الجنائية المتخذة ضد المتهم من

تناسب. فاذا كانت تلك الإجراءات ضرورة اقتضتها حماية المصلحة العامة من أن يعبث بها كل لاهي و يعتدي عليها أناس افتقروا إلي المسئولية، فان هذه الضرورة إنما تقدر بقدرها، و قدرها يحدده ما يعرف بمبدأ التناسب.

الفصل الثاني

مبدأ التناسب في العلاقات القانونية

تمهيد و تقسيم: يهدف القانون كعلم اجتماعي إلي حماية الحقوق و الحريات التي تشبع احتياجات و تطلعات الفرد داخل المجتمع. و في مقابل هذه الاحتياجات و تلك التطلعات لدي الفرد توجد واجبات عامة يلتزم بها في مواجهة مجتمعه. و أمام تعدد الاحتياجات و اختلافها، قد تتعذر الموازنة بين الحقوق و الحريات التي تشبع هذه الاحتياجات المختلفة و ما يقابلها من واجبات عامة، الأمر الذي يؤدي إلي تعارضها بشكل واضح. و لذلك فبدون صياغة معادلة لفض هذا التشابك و التعارض داخل المجتمع، فان الحياة الاجتماعية تصبح مسرحا للصراع الدائم و المستمر.

و لهذا فان الدور الأساسي الذي يضطلع به القانون هو التوفيق بين الاحتياجات المتعارضة للأفراد و المصالح التي تشبعها عن طريق نظام قانوني يختار الحاجة التي يجب أن تحظي بالأولوية من ناحية و يضمن عدم تعارضها مع حماية المصلحة العامة من ناحية أخري. ذلك أنه بجانب احتياجات الأفراد و حقوقهم و حرياتهم، توجد الاحتياجات العامة التي تتعلق بالمجتمع كالحاجة

الاقتصادية، و الحاجة للصحة العامة، و التعليم، و الأمن و العدالة.[١]

و يعد القانون الجنائي بفرعيه، قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجنائية، من اهم المجالات التي تحوي دواعي الصراع و التناقض بين الحقوق و الحريات الفردية من جانب و بين المصلحة العامة من جانب آخر. و بالتالي فمسئولية القانون الجنائي الرئيسية هي تحقيق التوازن الذي يقلل من حدة هذا الصراع و يكفل بقدر الإمكان حماية الحقوق و الحريات و المصلحة العامة.[٢]

فقانون العقوبات ابتداءً، يحمي من خلال التجريم و العقاب كلا من حقوق المجني عليه و المصلحة العامة و ما يمثله ارتكاب الجريمة من تهديد لها، كما أنه يقرر جزاء جنائي يتسم بالمعقولية و لا يجاوز الحدود المنطقية للغايات التي يتطلع إليها من خلال إنفاذه.[٣] و كل ذلك في إطار مبدأ الشرعية الجنائية بحسبانه صمام الأمان القانوني الذي يجب أن يراعيه المشرع الجنائي عند حماية أو تقييد الحرية الشخصية للأفراد.[٤]

أما قانون الإجراءات الجنائية، و ما يحويه من مبادئ وثيقة الصلة بموضوع البحث، فيضع القواعد التي

---

١ الدكتور/ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، دار الشروق، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٨٨

٢ الدكتور/ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص ٥

3 Christopher Michaelsen, The Proportionality Principle, Counter-terrorism Laws and Human Rights: A German–Australian Comparison, (2010) 2 City University of Hong Kong Law Review. 19, 27

٤ الدكتور/ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، المرجع السابق، ص ٨٩

تهدف إلي تحديد الإجراءات التي يتم من خلالها استعمال حق الدولة في العقاب توصلا إلي تقرير حماية متوازنة لحقوق كل من المتهم و المجني عليه، هذا بالإضافة إلي تحقيق المصلحة العامة. و بما أن تطبيق الإجراءات الجنائية يكون من شانه المساس بحقوق و حريات الأفراد، فان جميع ما يتخذ من إجراءات في المجال الجنائي يجب أن يكون في إطار مبدأ أن "الأصل في المتهم البراءة" باعتباره صمام الأمان القانوني الذي يجب أن يراعيه المشرع الإجرائي عند تحديد الإجراءات الجنائية حتي لا تكون أداة للبطش بالحقوق و الحريات اذا ما تعرضت للمساس بها بمناسبة أو تحت مبرر تحقيق المصلحة العامة.[1]

و بناء علي ما تقدم، فيمكن التأكيد علي أن المبادئ و القواعد القانونية إنما تسعي أساسا إلي إحداث توازن بين حقوق و حريات الأفراد و مقتضيات المصلحة العامة للمجتمع لتكون تلك القواعد و هذه المبادئ المرآة التي تعكس الإرادة العامة للشعب المتمثلة في الدستور. هذا التوازن يتحقق من خلال ما يسمي بمعيار التناسب "Proportionality Principle".

و لعله من المفيد الإشارة إلي أن قدر التناسب الذي توفره الدول و تسعي إليه يتوقف علي مدي ما يتمتع به الفرد في هذه الدول من حرية. ففي الفكر التسلطي الذي يعطي للدولة جميع الحقوق و السلطات و يتجاهل قيمة الفرد في المجتمع لا مجال للحديث عن حرية الأفراد. هذا

---

١ المرجع السابق

بخلاف الفكر الحر الذي يعطي الفرد مكانته في المجتمع و يوجب احترام جوهر حريته.[1]

فالدولة القانونية اذا و بحكم وظيفتها عليها أن تحمي جميع المصالح القانونية، سواء تعلقت هذه المصالح بالدولة ككيان أو بحقوق الأفراد و حرياتهم الشخصية كأعضاء في الدولة. فالحقوق و الحريات يجب أن يحميها القانون و لا يجوز إهدارها دائما بدعوي المحافظة علي مصلحة المجتمع،[2] بل يتعين دائما التوفيق بين المصلحتين في إطار مبدأ التناسب.

و يقتضي التعرض لهذا المبدأ الهام في إطار بحثنا أن نعرض أولا لماهية المبدأ و تطبيقاته في مبحث أول، ثم نحاول في المبحث الثاني الإجابة علي التساؤل الخاص بمدي تناسب معاقبة المتهم الذي يتغيب عن جلسة المحاكمة بحرمانه من حقه في الإستعانة بمدافع.

المبحث الأول

ماهية مبدأ التناسب و تطبيقاته

أولا: نشأة مبدأ التناسب كأحد المبادئ القانونية العامة:

إن النظام القانوني يحكم، كما قدمنا، مجموعة من الحقوق و الحريات يتعين إحداث توازن فيما بينها من جهة، و فيما بينها و بين المصلحة العامة من جهة أخري. و علة ذلك تكمن في أن الحقوق و الحريات ليست مطلقة، و من ثم يتعين حل التنازع الذي قد ينشأ بين القواعد القانونية ذات

---

١ الدكتور/ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص ١٤

٢ المرجع السابق

المرتبة الواحدة التي تحمي الحقوق و الحريات. و قد صاغ الفقه القانوني منذ القدم معيار لتحقيق هذا التوازن سمي ب "مبدأ التناسب".

و يرجع البعض أول استخدام لمعيار التناسب إلي كتابات الفيلسوف الإغريقي أرسطو و التي أشار فيها إلي ما اسماه بالنسبة العادلة Right Ratio بحسبانه المعيار أو المبدأ الذي يجب أن يحكم العلاقة ما بين الدولة و المواطنين علي أساس من سيادة القانون، و ذلك في إطار إدراكه أن الأفراد لا يجب أن يقرروا ما يعد صواب في ضوء رؤيتهم الشخصية، و إنما تطبيقا للمبادئ العادلة التي توضع لهذا الغرض و إلا صار الحكم دكتاتوريا متأثرا بالأهواء الشخصية للحكام أنفسهم.[1]

و نظرا لما اكتنف فكرة التناسب في العلاقات القانونية من غموض في كتابات أرسطو، فلقد حاول العديد من الفلاسفة الرومان و الإغريق أمثال Cicero و Justinian, Augustine, Aquinas تقديم رؤية أكثر وضوحا. و ظهرت أولي تلك المحاولات في إطار حق الدفاع عن النفس كأحد الحقوق المقررة للدول و ما يقتضيه من تناسب.[2] فوفقا ل Aquinas علي سبيل المثال، يشترط لمشروعية استخدام القوة في العلاقة بين الدول أن يتوافر ثلاثة شروط: فيجب أولا أن يكون استخدام القوة ضروري أو لازم، و يجب كذلك أن تكون القوة المستخدمة متناسبة، و أخيرا ينبغي أن

1 Eric Engle, The History of the General Principle of Proportionality: An Overview, (2012) 10 Dartmouth Law Journal 1. 4

2 Ibid

يكون استخدام القوة من قبل السلطة المخولة بذلك طبقا للقانون.[1]

و لقد تأثر Hugo Grotius، الملقب بأبو القانون الدولي عند الغربيين، بأفكار Aquinas عن حتمية التناسب في الدفاع الشرعي بين الدول، معتبرا مبدأ التناسب كأحد المبادئ القانونية العامة واجبة التطبيق في العلاقة، ليس فقط بين الدول، بل كذلك بين الأفراد.[2]

و علي الرغم من النشأة الغربية لفكرة التناسب بين الوسائل و الغايات في كتابات الفلاسفة الغربيين، فان للتناسب تطبيقات في شريعتنا الإسلامية الغراء. فليس أدل علي التناسب مما سطره الله عز و جل في محكم تنزيله من مبادئ العدل و التوازن دون جور أو عدوان. ففي هذا المعني يقول الله تعالي "الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ".[3]

و يظهر من هذه الآية الكريمة حثه سبحانه و تعالي لعباده علي التناسب في رد الاعتداء و الدفاع عن النفس دونما إفراط أو تفريط، معتبرا سبحانه ذلك من قبيل تقوي الله في العلاقات بين الدول. أما في العلاقات بين الأفراد، فان المبدأ كذلك في دفع الاعتداء هو التناسب و في ذلك يقول جل جلاله " أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ

---

1 Ibid p 5

2 Ibid

٣ سورة البقرة، الآية ١٩٤

تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ".[١]

أما حديثا، فان الفقه يرجع صياغة مبدأ التناسب كأحد المبادئ القانونية المستقرة و صقله إلي أحكام المحكمة الإدارية العليا في ألمانيا في بدايات القرن الماضي.[٢] حيث نشأ مبدأ التناسب في ألمانيا، ليس في كنف القانون الجنائي، و إنما لتنظيم علاقات القانون الإداري في إطار تحديد نطاق سلطة الشرطة في حماية النظام العام.[٣] ذلك أنه منذ نهايات القرن الثامن عشر و حتي بدايات القرن العشرين لم يكن هناك معيار ضابط لسلطة الشرطة، حيث كان دور الشرطة الأساسي هو اتخاذ جميع الإجراءات الممكنة لمواجهة أي إعتداء علي السلامة و النظام العام دون وجود أي قيد حقيقي علي تلك السلطة. فكان المبدأ السائد في هذا العصر هو منح الشرطة سلطة تقديرية واسعة لمكافحة كل أشكال السلوك الضار ابتداء من الإعتداء علي الملك كجريمة عظمي إلي البناء بدون ترخيص.[٤]

إلا أنه ببزوغ عصر الحقوق الفردية و مبدأ خضوع الدولة للقانون، بدأت المحاكم في صياغة ضوابط تحد من

---

١ سورة المائدة، الآية ٤٥

2 Alec Stone Sweet, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, (2008) 47 Columbia Journal of Transnational Law, 72, 74

3 Bernhard Schlink, Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?, (2012) 22 Duke Journal of Comparative & International Law. 291, 294

4 Ibid

تلك السلطة المطلقة للشرطة. ففي بداية القرن العشرين حاولت المحكمة الإدارية العليا بألمانيا صياغة معيار يهدف في الأساس إلي تحديد دور جهاز الشرطة في ضوء تنامي الاهتمام بالحريات و الحقوق الفردية مع مراعاة مقتضيات المصلحة العامة. و لقد وجدت المحكمة ضالتها في معيار التناسب، و الذي طبقا له يجب علي جهاز الشرطة أن يتبع في أدائه لدوره المتمثل في حماية الأمن و النظام العام وسائل "ملائمة، و ضرورية، و متناسبة". بمعني، أنه يشترط في الوسائل التي تلجأ إليها الشرطة للوصول إلي غاياتها أن تكون الأكثر فاعلية، بحيث لا يوجد وسيلة أخري أكثر أو مساوية في الفاعلية مع الوسيلة المستخدمة لتحقيق الغايات المبتغاة و تكون اقل تعارضا مع مصالح الأفراد. كما أنه يشترط في الغايات التي تبغي إليها الشرطة أن تكون علي درجة كبيرة من الأهمية التي تبرر المساس بحقوق الأفراد.[1]

و في سبيلها لصياغة مبدأ التناسب وجدت المحكمة الإدارية العليا الألمانية نفسها أمام معضلة قانونية و واقعية و التي تمثلت في تحقيق التوازن بين مصلحتين متعارضتين: الأولي، حق الشرطة في اتخاذ الإجراءات الكفيلة بحماية الأمن و النظام العام. و الثانية، حماية حقوق المواطنين في الحياة و الحرية و الخصوصية من تدخل الشرطة. فمن المستحيل مواجهة المخاطر المحدقة بالأمن العام دون المساس بحقوق المواطنين و حرياتهم. و بالتالي أصبح السؤال الملح: كيف يمكن للشرطة مواجهة الأخطار، و التي تتطلب بعض التدخل في حياة الأفراد، و في ذات

1 Ibid

الوقت حماية هؤلاء الأفراد ضد أي تدخل أو مساس بحقوقهم التي كفلها لهم القانون؟. و قررت المحكمة، حلا لهذه الإشكالية، السماح للشرطة بالتدخل، و لكن دون تحكم "Non-Arbitrary"، و عرفت مدلول "دون تحكم" بأن يكون هذا التدخل بشكل "متناسب".[1]

في النصف الثاني من القرن العشرين، وجدت المحكمة الدستورية العليا الألمانية نفسها بحاجة لفض الاشتباك بين ذات المصلحتين المتعارضتين سابق الإشارة إليهما. فالدستور الألماني يمنح الأفراد العديد من الحقوق و الحريات. و ذات الدستور يعطي السلطة التشريعية الحق في تقييد تلك الحقوق و الحريات و المساس بها صونا للنظام العام. و بالتالي أصبح لزاما علي المحكمة أن توجد صيغة للتوفيق بين هذه النصوص الدستورية المتعارضة.[2] فليس من المعقول الادعاء بان حقوق الأفراد الواردة في الدستور ستغل يد المشرع دائما عن التدخل، كما أنه ليس من المقبول اعتبار منح الدستور المشرع سلطة التشريع إفراغ لحقوق الأفراد من كل محتوي و قيمة. فالنصوص الدستورية بالتالي لابد أن تتكامل، و هذا يعني أن من حق المشرع أن يتدخل و يقيد من حقوق الأفراد و لكن، مرة أخري، دون تحكم أي بشكل متناسب كما عرفته المحكمة في الماضي و تعرفه في الحاضر. فالقانون الذي يسنه المشرع بحسبانه الوسيلة التي يلجأ إليها تحقيقا لغاية معينه لابد أن يكون في إطار مبدأ التناسب.[3]

---

1 Ibid

2 Ibid

3 Ibid

و توضيحا لمفهوم التناسب عند المحكمة الدستورية الألمانية دعنا نعرض لقضية واقعية انتهت فيها المحكمة إلي عدم دستورية نص تشريعي استنادا إلي كونه غير متناسب. فالدستور الألماني، علي سبيل المثال، يحمي الحق في التجمع و التظاهر السلمي و ذات الدستور يعطي المشرع سلطة تقييد هذا الحق الهام حماية للنظام العام. و بالتالي، ففي احدي القضايا التي عرضت علي المحكمة دفع بعدم دستورية التشريع الذي يشترط ضرورة الحصول علي الموافقة المسبقة للشرطة قبل القيام بأي تظاهرة سلمية. و قد وجدت المحكمة أن هذا التشريع غير دستوري استنادا إلي أنه جاء غير متناسب البتة مع الغرض الذي شرع من أجله. فالمحكمة، و بعد أن أقرت بحق المشرع في تقييد الحق في التظاهر السلمي حماية للسلامة العامة و انسياب المرور، وجدت أنه كان من الملائم الاكتفاء بإخطار الشرطة بموعد و مكان التظاهرة و الذي يعد إجراء اقل تقييدا لحق التظاهر و يحقق في ذات الوقت الغاية التي ابتغاها المشرع الدستوري من إقرار القيد في إطار من التناسب بين الوسائل و الغايات دون إفراط أو تفريط.[1]

و بحلول منتصف القرن العشرون أصبح مبدأ التناسب هو حجر الزاوية الذي ترتكز عليه المحاكم العليا في معظم دول العالم كمعيار ضابط لفقه الحقوق و

1 Ibid 295; Federal Constitutional Court of Germany, 14 May 1985, 69 Entscheidungen des Bundesverf assungsgerichts [Bverfge] 315

الحريات بها.[1] فكلما تعارضت حقوق الأفراد و حرياتهم مع المصلحة العامة كان مبدأ التناسب هو المعيار الفاصل بين تلك المصالح المتعارضة. فمبدأ التناسب يعمل إذا علي التوفيق بين السلطة المطلقة للدولة من ناحية و ضرورة فرض قيود علي تلك السلطة دون وجود تعريف دقيق لحدود هذه القيود، من ناحية أخري. أو كما عرفه البعض، فان مبدأ التناسب يمثل الانتقال من ثقافة السلطة إلي ثقافة التبرير، فالدولة، كنتيجة لالتزامها بمبدأ التناسب، ملتزمة بتقديم تبرير لجميع الإجراءات التي تتخذها و تشمل علي تقييد لحقوق الأفراد و حرياتهم.[2]

---

1 Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law, (2009) 46 San Diego Law Review. 367, 379; Alec Stone Sweet & Jud Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, (2008) 47 Columbia Journal of Transnational Law. 72; Imer Flores, Proportionality in Constitutional and Human Rights Interpretation, (2013) Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 13-005, 102, this paper is available online at: http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1168

2 Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, 'Proportionality and the Culture of Justification', (2011) 59 The American Journal of Comparative Law. 463, 466. They argue that ="Proportionality, …, is essentially a requirement of justification. It should therefore not be viewed merely as an instrumental legal device. Rather, it represents a profound shift in constitutional law on a global level, which we characterize, following South African scholar Etienne Mureinik, as a shift from a culture of authority to a culture of justification. At its core, a culture of justification requires that governments should provide substantive justification for all their actions, by which we mean justification in terms of the rationality

و بعد هذا العرض التاريخي لمبدأ التناسب، يظل السؤال الجوهري المتعلق بمضمون هذا المبدأ كما تعرفه المحاكم العليا حول العالم بلا إجابة. و هذا ما سنعالجه الآن.

ثانيا: مضمون مبدأ التناسب (اختبار التناسب - Proportionality Test):-

يشمل تطبيق مبدأ التناسب، و الذي أضحي احد أهم المبادئ القانونية العامة أمام المحاكم الدستورية حول العالم، علي عملية تحليل قانوني تهدف في الأساس إلي الوصول إلي قرار يفض الاشتباك بين قيمتين أو مصلحتين دستوريتين مدعي تعارضهما. و قد يأخذ هذا التعارض صورة انتهاك الحكومة لأحد الحقوق الدستورية المقررة للأفراد و ذلك من خلال اتخاذها إجراء قانوني معين كإصدار قرار إداري أو لائحة تنتقص من حقوقهم. أو في الحالة الثانية، و هي الأكثر أهمية و تعلقا بموضوع البحث، أن يصدر المشرع قانون ليحمي المصلحة العامة إلا أن هذا القانون يأتي متعارضا مع بعض القيم و الحقوق الدستورية التي يكفلها الدستور للأفراد.[1]

و تتم عملية التحليل القانوني تلك من خلال ما يسمي باختبار التناسب "Proportionality Test"، و الذي يشمل علي

---

and reasonableness of every action and the trade-offs that every action necessarily involves, i.e., in terms of proportionality".

1 Artūras Panomariovas and Egidijus Losis, Proportionality: From the Concept to the Procedure, (2010) 2 Jurisprudence. 257, 265

مراحل ثلاث لابد أن يمر بها الإجراء قبل اعتباره مشروع و متناسب.[1]

المرحلة الأولي: و تسمي بمرحلة "الشرعية" أو "الملاءمة" و في تلك المرحلة يتأكد القاضي من أن القرار أو القانون، بحسبانه الأداة، قد صدر من السلطة المخولة قانونا بإصداره، و أن تلك السلطة قد راعت عند اتخاذها لهذا الإجراء، سواء اتخذ صورة القرار الإداري أو القانون، تحقيق الصالح العام.[2]

فإذا ثبت للقاضي أن الإجراء الذي اتخذ قد صدر عن جهة لا تملك سلطة اتخاذه أو أنه صدر من جهة تملك سلطة اتخاذه و لكن تحقيقا لغرض ينافي الغرض الذي ابتغاه المشرع من منحها تلك السلطة، فان الإجراء في هذه الحالة يكون غير متناسب و بالتالي غير دستوري.

المرحلة الثانية: و تسمي بمرحلة "الضرورة" "Necessity" و التي تتطلب قدر اكبر، عن سابقتها، من التقييم و التحليل القانوني، فجوهرها هو تطبيق معيار "اقل الإجراءات تقييدا" ""(LRM) Least Restrictive Means، و الذي من خلاله يحاول القاضي التيقن من أن الإجراء المتخذ من قبل السلطة المختصة لا يقيد حقوق الأفراد إلا بالقدر الضروري لتحقيق الصالح العام. بمعني أن الإجراء

1 Alec Stone Sweet and Jud Mathews, 'Proportionality, Judicial Review, and Global Constitutionalism, in Giorgio Bongiovanni et. al, Reasonableness and Law (Springer, 2009) 174

2 Ibid

المتخذ هو اقل الإجراءات تقييدا لحقوق الأفراد ضمن مصفوفة الإجراءات المتاحة أمام السلطة.[1]

و بالتالي فيعد غير متناسب و غير دستوري كل إجراء يتخذ و يترتب عليه تقييد حقوق الأفراد ثم يثبت أن هناك إجراء آخر في استطاعته تحقيق ذات الغايات التي ابتغاها القرار الأول إلا أنه اقل تقييدا منه.

و بناء علي ما تقدم، إذا فشل الإجراء في اجتياز أي من المرحلتين السابقتين من مراحل اختبار التناسب فيكون الإجراء في هذه الحالة إجراء غير متناسب و بالتالي يحكم بعدم دستوريته.

المرحلة الثالثة: و تسمي بمرحلة "التناسب بالمعني الضيق" "Proportionality in the Narrow Sense" أو "التوازن بالمعني الضيق" "Balancing Stricto Senso". في هذه المرحلة يوازن القاضي بين المنافع التي سيحققها الإجراء من ناحية و الأضرار التي سيخلفها تطبيقه علي حقوق الأفراد من ناحية أخري، و تبعا لذلك يقرر أي القيمتين الدستوريتين

1 Stephen Gardbaum, 'Limiting Constitutional Rights', (2007) 54 University of California Law Review. 789, 853; Dieter Grimm, 'Proportionality in Canadian and German Constitutional Law Jurisprudence', (2007) 57= =University of Toronto Law Journal. 383, 395. He notes that "… some courts, especially the Canadian Supreme Court, place a strong emphasis on the second test (the necessity test) and rarely strike down statutes solely on the basis of the balancing test. This approach has been criticized as judicially insincere, as the court engages in balancing in the second stage, something that obscures the internal logic and structure of the proportionality analysis".

تكون أولي بالاحترام و الاعتبار تبعا لظروف كل حالة علي حدي.[1]

ثالثا: تطبيقات لمبدأ التناسب:-

يعبر الدستور عن القيم الدستورية التي تحمي المصلحة العامة في مختلف أبوابه، و تظهر صراحة أوجه هذه الحماية في واجبات الدولة و سلطاتها، خاصة فيما يتعلق منها بالضبط الإداري و القضائي، و إنشاء و تنظيم المرافق العامة، و حماية البلاد و سلامة أراضيها من الاعتداء سواء الخارجي أو الداخلي، هذا بالإضافة لتنظيم الاقتصاد القومي في إطار خطة تنمية شاملة. بالإضافة إلي ما سبق، فان الدستور يبسط حمايته علي مختلف الحقوق و الحريات علي اختلاف أنواعها في إطار من التناسب دون أن يضحي باعتبارات المصلحة العامة، إعمالا لتكامل القيم التي يحميها الدستور.

و في السطور القادمة سنعرض مجموعة من التطبيقات التي حاول القضاء الدستوري فيها أن يحقق التوازن بين المصلحة العامة، و الحقوق و الحريات الفردية دون أن تطغي إحداهما علي الأخرى و ذلك في ضوء مبدأ التناسب في العلاقات القانونية.

١. التناسب في حرية التعبير

في إطار حرية التعبير كأحد الحقوق المحمية دستوريا فقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر علي أنه لا يجوز تقييد حرية التعبير بأغلال تعوق ممارستها سواء من ناحية فرض قيود مسبقة علي مباشرتها

1 Alec Stone Sweet and Jud Mathews, 'Proportionality, Judicial Review, and Global Constitutionalism', supra, 174

أو عن طريق العقوبة التي تتوخي قمعها،[1] و ذلك علي أساس أنه إذا كفل الدستور حقا من الحقوق، فان القيود عليه لا يجوز أن تنال من محتواه إلا بالقدر و في الحدود التي ينص عليها الدستور.[2]

و إذا كان جوهر هذه الحرية لا يجوز المساس به، إلا أن ممارستها يمكن أن تتقيد مراعاة لحقوق أخري فرضها الدستور كاحترام الكرامة الإنسانية، أو حرية الغير و سمعتهم ، أو حماية النظام العام، أو مراعاة لمتطلبات الدفاع الوطني.[3]

و تطبيقا لذلك فان العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية في مادته الشهيرة ١٩، و بعد أن أكد علي الحق في حرية التعبير، و الذي يشمل حرية الشخص في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها، أشار إلي أن هذا الحق يستتبع واجبات ومسئوليات خاصة، وعلى ذلك يجوز إخضاعه لبعض القيود احتراما لحقوق الآخرين أو سمعتهم، أو لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة.[4]

---

١ المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية.

٢ المرجع السابق

٣ الدكتور/ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، المرجع السابق، ص ١٠١

٤ المادة ١٩ من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦، و دخل حيز التنفيذ في ٢٣ مارس ١٩٧٦.

إلا أنه يلاحظ علي المادة ١٩ ذاتها أنها قد أوردت قيدين أساسيين علي سلطة الدولة في تقييد حرية التعبير تحقيقا للأغراض المشار إليها بعاليه، هذان القيدان هما أولا، كون هذه القيود محددة بنص في القانون، و بالتالي ليست من إطلاقات جهة الإدارة، و ثانيا كون هذه القيود ضرورية لتحقيق أغراض النظام العام.[١] أي أن المادة ١٩ تأتي متسقة مع اختبار التناسب، حيث تتطلب في كل قيد علي حرية التعبير أن يستوفي الشرطين الأولين من شروط اختبار التناسب و هما الشرعية، و الذي يتحقق بالنص علي القيد في القانون، و الضرورة، و التي تبرر اللجوء إلي الإجراء المقيد. و بهذا يبقي الشرط الثالث و الأخير و المتعلق بالتناسب بالمعني الضيق، و الذي يترك تقديره للقاضي المختص يفصل فيه تبعا لظروف كل حالة علي حدي، بحيث يكون علي القاضي أن يختار بين القيد المنصوص عليه قانونا و الحق المقرر بنص الدستور لينتهي إلي قرار بشان أيهما أولي بالاعتبار و الصون في الحالة المعروضة عليه.

٢. التناسب في حماية الحق في سلامة الجسم

يظهر دور مبدأ التناسب في العلاقات القانونية في تحقيق التوازن بين الحق الدستوري للشخص في سلامته الجسدية من أي مساس بها و بين الحق في الصحة العامة كأحد الحقوق التي يكفلها الدستور للناس كافة.

فمما لا شك فيه أن الحق في السلامة الجسدية هو أحد أهم الحقوق محل الحماية ليس فقط وفقا للقوانين

١ المرجع السابق

الداخلية و إنما الدولية كذلك و لاسيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.[1] و علي الرغم من تلك الحماية، فانه لا تعارض من حيث المبدأ بين حماية الحق الشخصي في السلامة الجسدية و ما قد يفرضه القانون من قيود عليه تهدف بحسب الأصل إلي تحقيق المصلحة العامة، طالما أن تلك القيود قد راعت شروط التناسب الثلاثة سابقة البيان.

و بالتالي ففي إطار الحق في سلامة الجسد أثير تساؤل متعلق بمدي التعارض بين هذا الحق و مسألة نقل الأعضاء البشرية لأسباب علاجية.[2] حيث نظر البعض للمسألة من زاوية الحق في سلامة جسم الشخص الذي يؤخذ العضو منه، في حين نظر البعض الآخر للمشكلة من زاوية الحق في الصحة بشكل عام. و توفيقا لوجهتي النظر المتعارضتين بين الحق في سلامة الجسم و الحق في الصحة، حاول الفقه و القضاء صياغة معادلة للتقريب بين المصلحتين في إطار من معيار التناسب.

و تطبيقا لذلك فإن المريض الذي لديه حاجة حيوية لعضو من أعضاء إنسان حي يمكن نقل هذا العضو إليه تحقيقا لحقه في الصحة، و لكن ذلك بشرط إلا تمس عملية نقل العضو بحق الإنسان المنقول منه العضو في صحته بحيث لا تجور حماية حق علي حق آخر. و هذا ما راعته التشريعات المختلفة التي تنظم عملية نقل الأعضاء البشرية لأغراض علاجية. فعلي الرغم من اختلاف تلك التشريعات

---

١ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢١٧ ألف (د-٣) المؤرخ في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨. و تنص المادة الثالثة منه علي انه "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وفى الأمان على شخصه"

٢ الدكتور/ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، المرجع السابق، ص ١٠٤

في التفاصيل، إلا أنها تتفق جميعها علي ضرورة تحقيق التوازن بين الحق في سلامة الجسم و الحق في الصحة.[1]

و بالرجوع إلي القانون الخاص بتنظيم زرع الأعضاء البشرية،[2] يتضح جليا أن المشرع قد راعي عند إقراره لهذا القانون ضرورة التوفيق بين الحق في سلامة الجسم و الحق في الصحة في إطار من التناسب. فوفقا لهذا القانون فانه لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المنقول إليه أو علاجه من مرض جسيم، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يترتب على النقل تهديد لحياة المنقول منه أو المنقول إليه أو إصابته بضرر صحي جسيم.[3]

المبحث الثاني

مدي تناسب حرمان المتهم بجناية الغائب من حقه في الدفاع

حظرت المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية، كما قدمنا، علي المتهم بجناية الذي يتخلف عن حضور جلسات المحاكمة الخاصة به أن يحضر محام نيابة عنه أمام المحكمة ليقدم دفاعه و أجازت بالتالي صدور حكم علي هذا المتهم الغائب دون أن يمارس حقه الدستوري في الدفاع.

و يظهر جليا من مطالعة المادة ٣٨٨ إجراءات، و التنظيم القانوني لمحاكمة المتهم بجناية الغائب في قانون الإجراءات الجنائية المصري بشكل عام، أنه حاول أن يقيم

---

١ المرجع السابق

٢ قانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية

٣ المرجع السابق المادة الثانية

التوازن بين الحق الفردي للمتهم في الحضور الشخصي لإجراءات المحاكمة تطبيقا للحق في الشفاهية و إمكانية التنازل عنه من جانب، و بين حق المجتمع في تحقيق العدالة و إظهار وجه الحقيقة في الدعوي و ما يقتضيه من ضرورة حضور المتهم لإجراءات المحاكمة من جانب آخر.

أمام هذه الحقوق المتداخلة، انتهت المادة ٣٨٨ إجراءات إلي تغليب المصلحة العامة علي الحق الفردي للمتهم، فقررت عدم إمكانية تنازل المتهم عن حقه في الحضور، بل و عاقبته اذا لم يحضر بشخصه بحرمانه من حق الحضور التمثيلي و بالتالي أجازت صدور الحكم في مواجهته دون أن يبدي هو أو وكيله أي دفاع.[1]

و قدر المشرع الجنائي بالتالي أنه بتبنيه هذا الحل قد حقق التوازن المطلوب، فمن ناحية غلب المصلحة العامة بإجبار المتهم الغائب علي الحضور إذ لن يسمع محاميه، و من ناحية أخري، لم يهدر، كما يبدو، حق المتهم في الدفاع بدعوي أن الحكم الغيابي ليس إلا حكم تهديدي يسقط بمجرد القبض علي المتهم أو تقديم نفسه طواعية للمحاكمة الحضورية حيث يكفل له فيها جميع الحقوق و بصفة خاصة حقه في الإستعانة بمدافع. و لكن يظل السؤال: هل نجح حقا المشرع الجنائي بتبنيه الحل الوارد في المادة

1 For a detailed account of the principle of proportionality in criminal punishment See, Alice Ristroph, Proportionality as a Principle of Limited Government, (2005) 55 Duke Law Journal. 263

٣٨٨ إجراءات في تحقيق التوازن بين الحقوق المتداخلة للمتهم و مقتضيات العدالة الجنائية في ضوء مبدأ التناسب؟

إن اختبار التناسب، كما قدمنا، يشتمل علي ثلاث مراحل لابد أن يجتازها القانون أو القرار الإداري، بحسبانه أداة الدولة في تحقيق المصلحة العامة، حتي يعد متناسبا مع غايته و بالتالي دستوري.[١] فاذا طبقنا هذه المراحل الثلاث علي المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية، و ما اشتملت عليه من حظر الإستعانة بمدافع بالنسبة للمتهم بجناية الغائب، لاتضح لنا جليا أن الأداة التي لجأت إليها المادة المذكورة قد جاءت غير متناسبة تماما مع الغاية التي وضعت من أجلها.

ذلك أنه بافتراض استيفاء المادة ٣٨٨ للمرحلة الأولي من مراحل اختبار التناسب التي تتعلق بالشرعية و الملاءمة و ذلك لصدورها عن جهة تملك سلطة إصدارها، أي المشرع، و تغييها المصلحة العامة، فان هذه المادة ستفشل حتما في اجتياز المرحلتين التاليتين من اختبار التناسب.

فوفقا للمرحلة الثانية من اختبار التناسب و التي أسميناها بمرحلة "الضرورة" "Necessity" فان جوهرها هو تطبيق معيار "اقل الإجراءات تقييدا" " Least Restrictive Means (LRM)"، و الذي من خلاله يحاول القاضي التيقن من أن الإجراء المتخذ من قبل السلطة المختصة هو الأنسب لأنه لا يقيد حقوق الأفراد إلا بالقدر الضروري لتحقيق الصالح العام.[٢]

---

١ راجع سابقا

٢ راجع سابقا

و بتطبيق ذلك علي المادة ٣٨٨ إجراءات لاتضح لنا أن غاية تلك المادة كما هو بين هي ضمان حضور المتهم بجناية أمام المحكمة نظرا لما لحضوره من أهمية في تمكين القاضي من التأكد من صحة أقواله الواردة في محضر جمع الاستدلالات و التحقيق الابتدائي، إن وجدت، و مطابقة أقواله بأقوال الشهود التي يبدونها أمام هيئة المحكمة. هذا بالإضافة إلي ضمان احترام المتهم للنظام القانوني للمحاكمات الجنائية و للقرارات الصادرة عن المحكمة تطبيقا لذلك و التي تلزمه بالحضور الشخصي و لا تسمح بالحضور التمثيلي في مواد الجنايات. أما الأداة التي استخدمتها المادة ٣٨٨ لتحقيق تلك الغاية فهي حرمان المتهم الغائب من حق الدفاع بالوكالة، و هنا تكمن المشكلة. هل يعتبر حرمان المتهم الغائب من حقه في الدفاع التمثيلي، كأداة للمادة ٣٨٨ إجراءات، هي الوسيلة الأقل تقييدا لحقوق الأفراد و الأنسب لتحقيق الغاية التي تصبوا إليها المادة ٣٨٨، بإجبار المتهم علي الحضور؟

إن المنطق النظري و الواقع العملي يؤكدان فشل الأداة، أي حرمان المتهم الغائب من الإستعانة بمدافع، في تحقيق غاية المادة، ٣٨٨، بإجباره علي الحضور. خاصة في ظل وجود بدائل متاحة أمام المشرع و القاضي الجنائي لإجبار المتهم علي الحضور، و منها إصدار أمر بضبط المتهم و إحضاره و حبسه إحتياطيا،[١] و اذا خشي هربه خارج البلاد، فيجوز إصدار قرار بمنعه من السفر ممن

١ المادة ٣٨٠ من قانون الإجراءات الجنائية: نايتني ناين عبد السلام، الحضور الاعتباري للمتهم أمام المحكمة الجنائية، المرجع السابق، ص ٢٠٤

يملك سلطة إصداره.[1] فجميع هذه البدائل التي أقرها المشرع لضمان حضور المتهم أمام المحكمة هي، حسب ما نعتقد، أدوات متناسبة مع الغاية التي تبغيها المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية.

فهذه الأدوات من ناحية تحقق المصلحة العامة المتمثلة في ضمان حضور المتهم، و من ناحية أخري، لا تضحي بشكل مبالغ فيه بحقوق المتهم ذاته. أما المادة ٣٨٨ بوضعها الحالي فقد شابها الإفراط و بعدت كل البعد عن معيار الضرورة في الأداة المستخدمة و اشتراط كونها اقل الأدوات المتاحة تقييدا لحقوق الأفراد و حرياتهم، الأمر الذي يصمها بعدم التناسب و بالتالي عدم الدستورية وفقا للمرحلة الثانية من اختبار التناسب.

فاذا ما انتقلنا إلي المرحلة الثالثة و الأخيرة من مراحل اختبار التناسب، لسوف يتأكد لنا بشكل اكبر عدم تناسب الأداة التي تبنتها المادة ٣٨٨ مع الغاية التي تتطلع إلي تحقيقها. ففي تلك المرحلة، و التي سبق و أسميناها "مرحلة التناسب أو التوازن بالمعني الضيق" يوازن القاضي بين المنافع التي ستحققها الأداة المستخدمة من ناحية و الأضرار التي ستخلفها علي حقوق الأفراد من

---

١ راجع القرار الوزاري رقم ٥٤ لسنة ٢٠١٣ و الذي حدد الجهات التي تملك سلطة طلب إدراج أشخاص طبيعيين على قوائم الممنوعين من السفر. راجع كذلك الدكتور/ عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، ٢٠٠٧، المرجع السابق، ص ٤٤٠. حيث يأصل سيادته لمدي مشروعية طلب الجهات التي حددها القرار الوزاري المنع من السفر من وزير الداخلية. و يري سيادته ضرورة إصدار تشريع يحدد الجهات التي تملك إصدار قرارات المنع من السفر و عدم ملاءمة ترك تنظيم هذا الأمر الهام لقرار وزاري.

ناحية أخري، و تبعا لذلك يقرر أي القيمتين الدستوريتين أولي بالاعتبار تبعا لظروف كل حالة علي حدي.

فاذا بدأنا بالمنافع التي سيحققها حرمان المتهم بجناية الذي يتخلف عن حضور جلسات المحاكمة من حقه في الدفاع بالوكالة لوجدناها الضغط علي إرادة هذا المتهم الغائب لدفعه إلي حضور المحاكمة و إلا تعرض لإمكانية صدور حكم في غير صالحه و دون أن يمكن من تقديم أوجه دفاعه. و بطبيعة الحال هذه هي المنفعة القريبة، أما المنفعة البعيدة و المبتغاه أساسا من إقرار المادة ٣٨٨ إجراءات فتتمثل، كما عرفناها آنفا، في المصلحة العامة التي تعود علي جهاز العدالة من حضور المتهم أمام هيئة المحكمة.

أما بالنسبة للأضرار التي يرتبها تطبيق الحظر الوارد في المادة ٣٨٨ إجراءات، فهي بداهة و ابتداء التضحية بحق المتهم الدستوري في الدفاع و الذي يشكل حجر الزاوية في أي محاكمة جنائية يرجي لها أن تكون عادلة. فنظام المحاكمات الجنائية الغيابية، كما يعرفه قانون الإجراءات الجنائية المصري، يسمح بعقد محاكمة يتاح فيها للنيابة العامة المرافعة و عرض أدلة الاتهام، بالإضافة إلي تمكين المدعي بالحقوق المدنية من تقديم ما يعن له من أوراق تصب بطبيعة الحال في خانة إدانة المتهم، أما المتهم ذاته فانه يحرم من حقه في الدفاع، علي الرغم من إرساله، في بعض الحالات، لمدافع ليقدم أوجه دفاعه.

هذا التنظيم التشريعي للمحاكمة الجنائية الغيابية يستشف منه اذا أنه إرتأي أن حضور المتهم أمام المحكمة أولي بالاعتبار من حق هذا المتهم في تقديم دفاعه، و

بالتالي أجاز محاكمة المتهم الغائب و إصدار حكم عليه و تنفيذ كل ما يمكن تنفيذه من هذا الحكم غير عابئ بما قد يقدمه دفاعه الحاضر عنه من أدلة و أوراق قد تساعد المحكمة في الوصول إلي وجه الحق و العدل في الدعوي، و الذي هو غاية جهاز العدالة و مبتغاه. هذا المسلك من المشرع لا يهدر فقط حق المتهم الغائب في الدفاع، بل يلقي بظلاله الكثيفة علي غيره من الحقوق الدستورية و لاسيما قرينة البراءة التي قررتها الدساتير المتعاقبة لكل متهم بجريمة فيحجبها عن المتهم الغائب ليحل محلها قرينة الإدانة، كما أسلفنا.[1]

و بما أننا بمعرض الترجيح بين حق المتهم الغائب في الدفاع و التزامه بالحضور أمام المحكمة الجنائية فنضيف إلي ما سبق، أن التنظيم التشريعي للمحاكمات الجنائية بشكل عام، و تأسيا بغيره من التشريعات المقارنة، قد قلل كثيرا من فاعلية المتهم الحاضر إلي الحد الذي اصبح معه المتهم الغائب علي ذات الدرجة من الفاعلية كالمتهم الحاضر.[2] فالمتهم الحاضر لا يجوز تحليفه اليمين[1]

---

١ راجع سابقا

٢ لقد أثارت مسألة الطبيعة القانونية لحضور المتهم أمام المحكمة الجنائية جدلا قانونيا و فقهيا واسعاً. ففي حين يري البعض أن الحضور الشخصي للمتهم أمام المحكمة الجنائية و بصفة خاصة في الجرائم الجسيمة كالجنايات و بعض الجنح الهامة، هو إلتزام لا يجوز للمتهم التنازل عنه. يري إتجاه آخر في الفقه، و علي الرغم من إقراره بأهمية الحضور الشخصي للمتهم، أنه حق له و بالتالي لا يعتبر هذا الحضور التزام ملقي علي عاتق المتهم يبرر عقابه اذا ما اخل به. و يبرر أنصار الإتجاه الأول وجهة نظرهم بأن الأصل أمام محكمة الجنايات هو وجوب الحضور الشخصي للمتهم باعتباره ضرورة تفرضها طبيعة الدعوي الجنائية و متطلبات القانون الجنائي الحديث. ففي فرنسا مثلا يعتبر هذا الحضور الزاميا حتي يحكم في الدعوي بالطريق العادي، و غالبا ما

يحضر المتهم محبوسا احتياطيا أمام محكمة الجنايات، فاذا لم يكن محبوسا احتياطيا، فيجب عليه ان يسلم نفسه في اليوم السابق علي الجلسة، و إلا صدر الأمر من غرفة الاتهام بالقبض عليه. و في مصر، فان الحضور الشخصي للمتهم بجناية هو القاعدة، حيث يجب عليه ان يحضر جميع إجراءات المحاكمة حتي يعتبر الحكم الصادر حضوريا في حقه، و لا يجوز للمتهم بجناية ان ينيب عنه محام لتقديم دفاعه، كما قدمنا. و لقد برر هذا الاتجاه الطبيعة الإلزامية للحضور الشخصي للمتهم أمام القضاء الجنائي بالإشارة إلي طبيعة الغاية التي تبتغيها الدعوي الجنائية في الأنظمة الجنائية الحديثة. فطبقا لهذا الاتجاه، الهدف الأصلي من الدعوي الجنائية هو تقرير سلطة الدولة في العقاب. و اذا كان مضمون هذه السلطة في ظل النظم التقليدية للعقاب يقتصر علي فكرة الإيلام دون اخذ شخصية المتهم في الاعتبار عند تحديد العقوبة المقضي بها في مواجهته، فان هذا المفهوم قد تبدل، حيث يرتبط العقاب في ظل النظم الجنائية الحديثة ارتباطا وثيقا بفكرة تفريد= =العقاب و بالتالي يحدد العقاب تبعا لشخصية المتهم و ظروفه. و بناء عليه، فان الحضور الشخصي للمتهم أمام القاضي الجنائي اضحي أمراً جوهريا لتحقيق العدالة بشقيها. فالعدالة هنا لا تتحقق بمجرد كشف حقيقة الجريمة منفردة و إنما بكشف حقيقة المجرم الذي ارتكبها كذلك. و يسوق انصار هذا الاتجاه سبب آخر لتبرير الطبيعة الإلزامية لحضور المتهم أمام المحكمة الجنائية و ذلك بعقد مقارنة بين الحضور في الدعوي المدنية و الحضور في الدعوي الجنائية. فالدعوي المدنية طبقا لهم لا تمثل سوي نزاعا بين مصالح خاصة يقف المجتمع و بالتالي المصلحة العامة منها موقف الحياد. بل إن القاضي المدني ذاته يكون محايدا حيث يقف موقف الحكم بين الخصمين دون ان يجري تحقيق لاستجلاء الحقيقة إلا في ضوء ما يقدمه اليه الخصوم من أدلة. هذه الطبيعة الشخصية لفكرة المصلحة في الدعوي المدنية انعكست علي الطبيعة القانونية للحضور أمام القضاء المدني. هذا القضاء تبني مبدأ "الحضور التمثيلي" من خلال مدافع متخصص يكون اقدر من الخصوم انفسهم في الدفاع عن مصالحهم الخاصة و دون تطلب الحضور الشخصي للخصوم أمام القضاء المدني.

أما بالنسبة للدعوي الجنائية، فلقد لاحظ انصار هذا الاتجاه أنها تتنازعها مصلحتان أساسيتان: مصلحة الدولة في كشف حقيقة الجريمة و تحديد مرتكبها و معاقبته حتي يسود الأمن و يعم السلام في المجتمع. و مصلحة الفرد في ضمان حقوقه و حرياته و ماله و سمعته. و للتوفيق بين هاتين المصلحتين فان دور القاضي الجنائي يتسم بالإيجابية في الدعوي الجنائية و يظهر ذلك جليا فيما قرره له القانون من سلطة واسعة في تحقيق الدعوي الجنائية و جمع أدلتها بنفسه و ووزنها بغرض الوصول لوجه الحقيقة في الدعوي.

و يرتب انصار هذا الاتجاه علي الاختلاف في طبيعة المصلحة المحمية في كل من الدعويين المدنية و الجنائية نتيجة منطقية و هي ان حضور المتهم أمام القضاء الجنائي يعد واجب عليه، و ذلك لأنه لم يقرر لتحقيق مصلحته الفردية بحسب الأصل، و إنما لتحقيق المصلحة العامة من خلال تمكين القاضي الجنائي من أداء واجبه في كشف الحقيقة المادية و إصدار حكم يحقق العدالة.

بالإضافة الي ما سبق، فان انصار هذا الاتجاه يرون ان القول باعتبار الحضور الشخصي للمتهم أمام القضاء الجنائي محض حق للمتهم يجوز له التنازل عنه دون معقب عليه هو قول جانبه الصواب. ذلك انه ينكر الطبيعة المزدوجة للمصلحة محل الحماية في أنظمة العدالة الجنائية و التي و ان أقرت بحق المتهم في التنازل عن بعض حقوقه، فإنها كذلك تقرر انه يوجد بعض الحقوق التي لا يمكن للمتهم ان يتنازل عنها و إلا اختل ميزان العدل و عجز جهاز العدالة عن القيام بدوره. فعلي سبيل المثال، يعد من الحقوق الأصيلة للمتهم في الدعوي الجنائية حقه في محاكمة عادلة يقوم عليها قضاة عدول و محايدون. و بالتالي فمن المؤكد ان المتهم لا يمكنه التنازل عن هذا الحق و لا يستطيع ان يطالب بان يحاكم أمام قاضي منحاز له. فالحق في قضاء محايد هو من الحقوق التي لا= =يمكن للمتهم التنازل عنها لتعلقه بأساسيات المحاكمة العادلة في أي نظام للعدالة الجنائية .

علي خلاف الاتجاه السابق، يري انصار هذا الاتجاه ان حضور المتهم أمام المحكمة الجنائية بشخصه هو حق قرره له القانون في اطار مبادئ المواجهة و شفاهية المحاكمة، و بالتالي لا يجوز توقيع عقوبة عليه اذا ما قدر عدم رغبته في الحضور الشخصي و فضل الحضور التمثيلي من خلال مدافع.

و نقطة البدء عند هذا الاتجاه تستند علي حجة مؤداها ان التنظيم القانوني للحق في محاكمة عادلة وفقا للتشريعات الوطنية منها و الدولية إنما يرتكز في الأساس علي تقرير مجموعة من الحقوق للمتهم و ليس التزامات. و اذا كان الأمر كذلك فان تقدير مدي الاستفادة من الضمانات المختلفة للمحاكمة العادلة يجب ان يترك أمره للمتهم ذاته. و ينتقد انصار هذا الاتجاه، في محاولة لإثبات وجهة نظرهم، ما يثيره انصار الاتجاه القائل بان الحضور الشخصي للمتهم هو واجب عليه، و الذي يستند الي ما يوفره هذا الحضور الشخصي من فائدة أكيدة للمصلحة العامة محل الحماية في الدعوي الجنائية من خلال التثبت من مدي وضوح أقوال المتهم الحاضر و مطابقتها بأقواله الواردة في محاضر الشرطة و التحقيق الابتدائي و مقارنتها بأقوال المجني عليهم و الشهود. فعلي الرغم من وجاهة هذه الحجة، فان انصار هذا الاتجاه يقللون كثيرا من أهميتها في ضوء ما للمتهم من حق في الصمت، و الذي تقرره جميع التشريعات كأحد الضمانات المتفرعة عن أصل البراءة. و يرون تبعا لذلك ان المتهم الصامت

يعتبر في حقيقة الأمر سواء بسواء مع المتهم الغائب، فكلاهما لا يضيف جديدا للمحاكمة. و بالتالي، فيري انصار هذا الاتجاه، ان الفائدة المتحصلة من اعتبار الحضور الشخصي للمتهم كالتزام ملقي علي عاتقه و ليس حق مقرر لمصلحته محدودة للغاية. كما يضيف انصار هذا الاتجاه حجة أخري مفادها انه لا يجوز للدولة ان تجعل تمتع المتهم بالحق في محاكمة عادلة، تكفل له فيها جميع الضمانات و لاسيما الحق في الاستعانة بمدافع، معلق علي شرط واقف و هو تسليم نفسه للمحكمة. فليس من الملائم و لا المنطقي ان يستخدم القانون الحقوق المقررة بحسب الأصل لمصلحة المتهم كسوط لإجباره علي الحضور أمام المحكمة و إلا حرم من كل حقوقه أو بعضها. و أخيرا يري انصار هذا الاتجاه ان محاولة اعتبار الحضور الشخصي للمتهم أمام المحكمة ذا طبيعة إلزامية تبرر توقيع جزاء عليه اذا ما أخل به هي محاولة تقلب الحقائق و تحول حق قانوني الي التزام مفروض. ذلك ان طبيعة الحق الشخصي تفترض ان حائز هذا الحق هو الشخص الوحيد الذي يقرر اذا ما كان سيستفيد من حقه الذي قرره له القانون أم لا. و يعتبر بالتالي مخالفا لمفهوم و طبيعة الحقوق الشخصية ان يعاقب شخص اذا ما تصرف علي نحو لا يحقق مصلحته علي الوجه الأمثل.

و ختاما لهذا الجدل الفقهي بين القائلين بالطبيعة الإلزامية لحضور المتهم أمام القضاء الجنائي و بين من يعتبرونه حق يكفله القانون لأي متهم بجريمة، نري ان كلا الاتجاهين قد= =عجز عن تقديم إجابة علي السؤال الأساسي الذي يثيره هذا البحث و المتعلق بمدي ملاءمة حرمان المتهم بجناية الغائب من حقه في الدفاع بالوكالة. فاذا كان الاتجاه القائل بان حضور المتهم أمام المحكمة هو محض حق له يجوز التنازل عنه دون ان يترتب علي ذلك جزاء، يقدم تبريرا لعدم مشروعية حرمان المتهم الغائب من أي من حقوقه التي يكفلها له القانون و من بينها حقه في الاستعانة بمدافع، فان هذا التبرير لن يقوي علي رد سهام النقد التي ستوجه له حال تنازل المتهم عن تلك الحقوق، خاصة اذا تعارض هذا التنازل مع المصلحة العامة الأولي بالاعتبار دائما. فاذا كانت الطبيعة الاختيارية لحضور المتهم أمام القضاء الجنائي قد تم تبريرها استنادا علي ان هذا الحضور هو احد الحقوق التي يكفلها القانون للمتهم ضمن مصفوفة الحقوق المندرجة تحت راية المحاكمة العادلة و بالتالي يجوز له ان يتنازل عنه إن شاء، فان هذا التبرير يتجاهل حقيقة ان كثير من الحقوق التي كفلها القانون للمتهم ليست مطلقة و ما منحت له لذاته و إنما وصولا لغاية اسما و اعلي و هي تحقيق العدل. فضمانات الحياد و الاستقلال و الحصانة التي كفلها القانون للقضاة علي سبيل المثال ما أعطيت لهم لشخوصهم و إنما لصفاتهم و تمكينا لهم من أداء دورهم في تحقيق العدل و بالتالي فمن غير المتصور ان يتنازلوا

و لا استجوابه من قبل هيئة المحكمة إلا برضاه،[٢] كما أنه له الحق القانوني في الصمت و الامتناع عن الإجابة علي

عن تلك الحقوق و الضمانات أو يحدوا من نطاقها. و بالتالي فان القول بان كل حق قرره القانون للمتهم هو حق مطلق من كل قيد و يجوز له ان يتنازل عنه بغير معقب هو قول يخالف الحقيقة و يجافي الحكمة التي ابتغاها المشرع عند إقرار تلك الحقوق. أما بالنسبة للاتجاه القائل بالطبيعة الإلزامية لحضور المتهم أمام القضاء الجنائي و الذي برر وجهة نظره استنادا الي اعتبارات المصلحة العامة و إظهار الحقيقة، فان هذا التبرير هو الآخر لا يقدم حجة مقنعة في ضوء اعتبارات الملاءمة. بمعني، هل كل مخالفة من المتهم تقتضي بالضرورة عقابه؟ و اذا كانت الإجابة بالإيجاب، فما هو قدر العقاب المطلوب و المناسب. فاذا طبقنا هذا المنطق علي موضوع البحث لكان السؤال المنطقي: هل غياب المتهم عن حضور جلسات المحاكمة، اذا ما افترضنا بإلزامية هذا الحضور، من الجسامة لتبرير معاقبته بالحرمان من حقه في الاستعانة بمدافع بالكلية؟. و هذا ما حاول البحث الإجابة عليه. راجع في تفصيل ذلك الجدل القانوني، الدكتور/ أحمد شوقي أبو خطوة، الأحكام الجنائية الغيابية، المرجع السابق، ص٥٧-٦٠.

Martin Bdsef, Harmonizing Procedural Rights Indirectly: The Framework Decision on Trials in Absentia, (2012) 37 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. 489, 501-503. Neil P. Cohen, Can they kill me if I'm gone: trial in absentia in capital cases, (1984) 36 University Of Florida Law Review. 273, 283

١ المادة ١١٩ إجراءات جنائية

٢ المادة ٢٧٤ إجراءات جنائية. الدكتور/ حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف، ص٢٤٧: نقض جنائي، سنة ٢٤ قضائية، قاعدة ٧٣، جلسة ١٩٧٣/٣/١٨، ص٣٣٥: نقض جنائي، سنة ١١ قضائية، قاعدة ٩٠، جلسة ١٩٦٠/٥/١٧، ص ٤٦٧. الدكتور/ محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٢٠١

أي أسئلة توجه إليه،[1] دون أن يفسر صمته هذا علي أنه دليل إدانة ضده.[2]

و من جماع ما تقدم نصل إلي نتيجة حتمية مفادها أن الأداة التي لجأت إليها المادة ٣٨٨ إجراءات، أي حظر استعانة المتهم بجناية الغائب بمدافع، قد جاءت غير متناسبة تماما مع الغاية التي سعت إليها سواء وفقا لمعيار الضرورة أو حتي وفقا لمعيار التناسب أو التوازن بالمعني الضيق.

و علي الرغم من عدم وجود أحكام صادرة عن المحكمة الدستورية العليا تتناول مدي دستورية المادة ٣٨٨ إجراءات، فان القانون المقارن، و كما سنري بالتفصيل لاحقا، يزخر بأحكام عديدة تؤيد ما انتهينا إليه من عدم تناسب حرمان المتهم الغائب من حقه في الإستعانة بمدافع.

---

١ الدكتور/ سامي صادق الملا، حق المتهم في الصمت، مجلة الأمن العام، العدد ٥٣، إبريل ١٩٧١، ص ٢٦. الدكتور/ أحمد ضياء الدين خليل، إمتياز الامتناع عن الإجابة للمتهم، مجلة كلية الشرطة، العدد السابع، يوليو ١٩٩٥، ص ١٥٥

٢ يفهم هذا ضمنيا من نص المادة ٢٧٤ إجراءات جنائية و التي تحظر استجواب المتهم و تعتبر ذلك حق له، و بالتالي اذا استعمل المتهم حقا أعطاه له القانون فليس من الجائز ان يستنتج منه اعترافه. و هذا ما تتجه لجنة الخمسين الي إضافته الي الدستور حسب المتحدث الرسمي عنها في تصريحه الصادر في أكتوبر ٢٠١٣. الدكتور/ سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع و القضاء و الفقه، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، ١٩٩٩، ص ٢٢١. راجع مادة ١١٤ إجراءات جنائية فرنسي. الدكتور/ حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوي الجزائية، الجزء الثاني – خلال مرحلة المحاكمة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، ١٩٩٨، ١٣٢. الدكتور/ إدريس عبد الجواد بريك، ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص٥٢٦. نقض جنائي، سنة ١١ قضائية، قاعدة ٩٠، جلسة ١٩٦٠/٥/١٧، ص ٤٦٧. الدكتور/ سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، ص ١٨٩

فعلي سبيل المثال، في القضية التي رفعتها Van Geyseghem أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ضد الحكومة البلجيكية و التي حرمتها من حقها في الدفاع بالوكالة نتيجة غيابها عن المحاكمة، أكدت الحكومة، تبريرا لموقفها، أن حضور المتهم إجراءات المحاكمة هو امر ضروري "لحماية مصالح المجني عليهم و الشهود، هذا بالإضافة لأهميته الأكيدة في التفريد القضائي و تحقيق مقتضيات الردع العام".[1] و أضافت الحكومة أن قانون الإجراءات الجنائية البلجيكي يقيم توازن صارم بين ضرورة حضور المتهم و حقه في الدفاع، بحيث يكون للمتهم الحق في ممارسة حقه في الدفاع كاملا إن التزم بالحضور أمام المحكمة، ذلك أن الحق في الدفاع لا يمكن النظر إليه علي اعتبار أنه حق مطلق لا يخضع لقيود خاصة اذا اصر المتهم، كما في الحالة المعروضة، علي عدم الحضور.[2]

1 Van Geyseghem V. Belgium, ECHR, Application no. 26103/95, 21 January 1999, para. 31. The Belgium government stressed that "The accused's attendance facilitated the proper administration of justice, was necessary to protect the interests of victims and witnesses, allowed sentences to be adapted to the individual offender and was essential if the sentence was to have a deterrent effect".

2 Ibid It added that "The Belgian system struck a proper balance between the various interests requiring protection … The right to be defended by a lawyer could not be absolute and therefore could not be relied upon if the defendant refused to appear on three occasions, as had happened in the instant case".

لـم تقبـل المحكمـة الأوروبيـة لحقـوق الإنسـان بـالمبررات التـي سـاقتها الحكومـة البلجيكيـة لتبريـر حرمـان المدعيـة مـن حقهـا فـي الـدفاع التمثيلـي عنـد غيابهـا. فعلـي الـرغم مـن تأكيـد المحكمـة علـي أهميـة حضـور المـتهم لإجراءات المحاكمة بشخصه، حماية له و للمصلحة العامة، و تأكيـدها كـذلك علـي حـق المشـرع الـوطني فـي اتخـاذ الإجراءات الضرورية للتقليل من حالات غياب المتهم، فان المحكمة أكدت كذلك أن "حق المتهم في الدفاع هو الحق الجـوهري الـذي يضـمن عدالـة نظـام القضـاء الجنـائي"، و بالتالي لا يجوز أن يحرم المتهم منـه، حتـي فـي حالـة غيابـه عـن المحاكمـة، و سـواء كـان هـذا الغيـاب بعـذر أو بـدون عذر.[1]

و أضـافت المحكمـة أن حـق الـدفاع هو احـد الحقـوق الأساسـية لأي محاكمـة عادلـة، و بالتـالي يكـون مـن غيـر المقبول أن يحرم المتهم من هذا الحق بدعوي عدم حضوره

1 Ibid para. 33 The ECHR stressed that " … it was of capital importance that a defendant should appear, both because of his right to a hearing and because of the need to verify the accuracy of his statements and compare them with those of the victim – whose interests needed to be protected – and of the witnesses. The legislature accordingly had to be able to discourage unjustified absences … , it stated however that it was also "of crucial importance for the fairness of the criminal justice system that the accused be adequately defended, [and] consequently the fact that a defendant, in spite of having been properly summoned, does not appear, cannot – even in the absence of an excuse – justify depriving him of his right under Article 6 (3) of the Convention to be defended by counsel".

إجراءات المحاكمة.[1] حتي اذا قلنا بحق المشرع الوطني في اتخاذ الإجراءات التي يكون من شأنها التقليل من حالات غياب المتهم، فان هذه الإجراءات لا يمكنها أن تشمل علي معاقبة المتهم الغائب بخلق استثناء علي حقه في الدفاع، خاصة أن المطلب الشرعي المتعلق بضرورة حضور المتهم إجراءات المحاكمة يمكن تحقيقه من خلال اللجوء إلي آليات أخري بخلاف حرمانه من حقه في الدفاع، كحق المحكمة وفقا لقانون الإجراءات الجنائية البلجيكي في إصدار أمر بضبط المتهم و إحضاره أمامها.[2]

الفصل الثالث

الاعتبارات العملية لتمكين المتهم الغائب من حقه في الدفاع بالوكالة

بالإضافة الي مجموعة الاعتبارات القانونية و أوجه المخالفة الدستورية التي كشف عنها البحث في المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية، فتوجد مجموعة أخري من الاعتبارات العملية التي تؤكد ضرورة إعادة النظر في المادة ٣٨٨

1 Ibid para. 34 It Stated further that "The right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer is one of the basic features of a fair trial, an accused does not lose this right merely on account of not attending a court hearing".

2 Ibid The ECHR concluded that "Even if the legislature must be able to discourage unjustified absences, it cannot penalise them by creating exceptions to the right to legal assistance. The legitimate requirement that defendants must attend court hearings can be satisfied by means other than deprivation of the right to be defended. The Court notes that Article 185 (3) of the Code of Criminal Procedure provides that in any event the Criminal Court may order an accused to attend and that no appeal lies against such a decision".

إجراءات جنائية و ما اشتملت عليه من حظر، و ذلك كما يلي:-

المبحث الأول

اعتبارات تمحيص الأدلة و حفظها

من الاعتبارات و الفوائد العملية الأكيدة للسماح للمدافع عن المتهم الغائب في الحضور و مباشرة حق الدفاع كاملا، ان المحاكمة في هذه الحالة ستتحول من مجرد محاكمة شكلية، تصدر المحكمة حكمها فيها بعد الاطلاع علي الأوراق المقدمة من النيابة العامة، و دون سماع دفاع المتهم من خلال محاميه الحاضر، الي محاكمة حقيقية يمكن فيها كل الأطراف من تقديم ما يعن لهم من أدلة و دلائل علي المحكمة و التي تتولي عملية تمحيصها توصلا الي وجه الحق في الدعوي.

كما لا يخفي ما في تمكين محامي المتهم الغائب من تقديم أدلة براءة المتهم و مناقشة الأدلة التي تقدمها النيابة العامة، و لا سيما الشهود، أو المدعي بالحقوق المدنية، من أهمية في حفظ تلك الأدلة التي ستعرض في المحاكمة الغيابية، و ذلك من شأنه ان يعين المدافع عن المتهم و جميع اطراف الخصومة الجنائية في الاستفادة منها و الاعتماد عليها في محاكمة لاحقة، سواء كانت إعادة للمحاكمة الأولي أو أمام محكمة استئنافية أو أمام محكمة النقض. خاصة انه، و نظرا لطول إجراءات الدعوي الجنائية في مراحلها المختلفة، قد لا تتوافر ذات الأدلة التي عرضت في المحاكمة الغيابية في المستقبل اذا عقدت محاكمة أخري بعد فترة زمنية طويلة و ذلك نتيجة لوفاة

الشهود أو نسيانهم، أو ضياع الأدلة الأخرى أو العبث بها.[1] و بالتالي فالظاهر ان احد الفوائد العملية لتمكين المدافع الحاضر عن المتهم الغائب من تقديم دفاعه هو حفظ الأدلة، و بصفة خاصة أدلة النفي، من الضياع أو التلف اذا ما ظهرت الحاجة إليها في المستقبل.

المبحث الثاني

اعتبار الحكم حضوريا و بالتالي تقليل العبء علي كاهل مؤسسة العدالة

لعله من أكثر التحفظات شيوعا و التي وجهت الي السماح بحضور مدافع عن المتهم الغائب و بالتالي اتخاذ الإجراءات أمام المحكمة كما لو كان المتهم حاضرا، ان هذا من شأنه ان يرهق كاهل جهاز العدالة و القضاة بإجراءات سيتم إلغاؤها بمجرد القبض علي المتهم أو تسليم نفسه للمحاكمة. و رغم صحة هذا التحفظ، خاصة في ظل التنظيم الحالي للمحاكمات الجنائية الغيابية و الذي يعطي للمتهم بجناية الغائب الحق في إعادة محاكمته بمجرد حضوره دون ان يكون للمحكمة أي سلطة تقديرية في هذه الحالة حيث ان إعادة المحاكمة تتم بقوة القانون، فانه وفقا لهذا البحث فقد تم ترجيح الحل الذي تبنته محكمة لبنان الخاصة و الذي انتهي الي اعتبار المحاكمة الغيابية التي يعلم المتهم بها يقينا و يفوض محام بتوكيل رسمي للحضور نيابة عنه و تقديم دفاعه، محاكمة حضورية و الحكم

1 Maggie Gardner, Reconsidering trials in absentia at the Special Tribunal for Lebanon: An application of the Tribunal's early jurisprudence, (2011) 43 George Washington International Law Review. 91, 108

الصادر فيها حكما حضوريا طالما تمكن المتهم الغائب من اختيار محاميه.

و يترتب علي تبني هذا الحل أن يحرم المتهم الغائب في هذه الحالة من حقه في إعادة المحاكمة حيث انه بالقبض عليه سيتم تنفيذ الحكم في مواجهته مع احتفاظه بحقه في الطعن علي حكم أول درجة بكافة طرق الطعن المتاحة أمامه، و هذا من شأنه تخفيف العبء الوظيفي و المالي عن كاهل مؤسسة العدالة. و يجد هذا الرأي تبريره في ان المتهم الغائب، و قد وكل محام ليحضر نيابة عنه أمام المحكمة، يكون قد علم يقينا بميعاد المحاكمة و حقه في حضورها و بالتالي فعدم حضوره رغم ذلك يعد تنازلا صريحا منه عن حقه في الحضور، و هذا وفقا للرأي الراجح في القانون المقارن.

أما في الحالة التي لا يعلم فيها المتهم بميعاد المحاكمة، أو يعلم و لكنه لا يوكل محام للحضور نيابة عنه، فسيكون علي المحكمة هنا ان توكل له محام حماية لحقه في الدفاع و استيثاقا من براءته أو عدمها. فاذا قبض عليه أو سلم نفسه بعد ذلك و لم يقبل بالحكم الغيابي، فيكون له الحق في طلب إعادة محاكمته بحضوره و حضور محام من اختياره اذا كان قادرا ماليا و إلا فتعينه المحكمة إذا كان معوزا.

المبحث الثالث

قبول السلطات الأجنبية للطلبات الوطنية بتسليم المجرمين

إعتبار عملي أخير يضاف الي ما سبق من إعتبارات

يتعلق بمدي قبول طلبات تسليم المجرمين الصادرة عن السلطات الوطنية بخصوص أفراد صدر بحقهم أحكاما جنائية غيابية من القضاء الوطني و تعذر تنفيذها لغيابهم، أو هربهم، في الغالب الأعم من الحالات.[١] ذلك انه بالرجوع الي التشريعات الداخلية الخاصة بالعديد من الدول يتضح أنها تضع مجموعة من الشروط و التي لابد من توافرها قبل البت في طلب التسليم المقدم إليها بالموافقة.[٢] و يأتي علي رأس هذه الشروط ان يكون السند، أو الحكم، الذي يتم التسليم بناء عليه، و الذي غالبا ما يصدر في غيبة المتهم، قد صدر من القاضي الطبيعي في محاكمة كفل فيها للمتهم الغائب جميع الضمانات المقررة للمتهم عموما،[٣] و بصفة خاصة حقه في الاستعانة بمدافع.

فعلي سبيل المثال، يسمح القانون الفرنسي، كأصل عام، بتسليم الأشخاص الذين صدر بحقهم أحكاما غيابية. إلا انه وفقا للمادة ٦٩٤-٣ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، فان أي طلب للمساعدة القضائية لابد ألا يترتب علي تنفيذه الإخلال باي من الحقوق التي ينص عليها قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، و منها، بطبيعة الحال و كما فصل البحث، حق الدفاع عن المتهم الغائب.

كذلك، حينما انضمت فرنسا للاتفاقية الأوروبية لتسليم المجرمين فقد تحفظت علي المادة الأولي من هذه

---

١ راجع، الدكتور/ محمد الفاضل، محاضرات في تسليم المجرمين، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٦٦

2 Roberto Iraola, Foreign Extradition and In Absentia Convictions, (2011) 39 Seton Hall Law Review. 834

٣ لواء/ سراج الدين محمد الروبي، الإنتربول و ملاحقة المجرمين، الدار المصرية اللبنانية، ١٩٩٨، ص ٢٣٩

الاتفاقية و التي تقر بحق الدول الأعضاء في طلب تسليم المجرمين. و كان جوهر تحفظها أنها اشترطت لقبول طلب التسليم ان يتوافر مجموعة من الضمانات الإجرائية الأساسية في النظام القانوني للدولة طالبة التسليم. و بناء عليه، أكدت الحكومة الفرنسية علي رفضها لطلب التسليم اذا كان بغرض تنفيذ حكم أو أمر اعتقال صادر من محكمة لم يراعي أمامها الضمانات الإجرائية الأساسية للشخص المراد تسليمه و لا سيما حقه في الدفاع.[1]

أما بالنسبة للقانون الألماني، فانه يسمح هو الآخر بتسليم المتهمين الصادر بحقهم أحكام غيابية من محاكم الدولة طالبة التسليم بشرط ان تكون الدولة قد أعلنته بأمر المحاكمة و أعطته الحق في حضور إجراءاتها للدفاع عن نفسه بشكل فاعل. فاذا لم يحضر المتهم رغم علمه، و صدر ضده حكم من محاكم الدولة طالبة التسليم، فان هذا الحكم، وفقا للمحكمة الدستورية الفيدرالية بألمانيا، يمكن ان يكون سند كافي للتسليم، و لكن بشرط ان يكون قد تم تمكين هذا المتهم من حقه الضروري في الدفاع من خلال محامي حاضر نيابة عنه،[2] و بالتالي فتخلف هذا الشرط يترتب

1 European Convention on Extradition, French Reservation on Article 1 contained in the instrument of ratification, deposited on 10 February l986. "Extradition shall not be granted if the person sought would be tried in the requesting State by a tribunal which does not assure the fundamental procedural guarantees and the protection of the rights of the defence or by a tribunal created for that person's particular case or if extradition is requested for the enforcement of a sentence or detention order imposed by such a tribunal".

2 European Committee On Crime Problems, Committee of Experts on the Operation of European Conventions on Co-Operation in

عليه رفض طلب التسليم.[1]

الباب الثاني

حق المتهم بجناية الغائب في الإستعانة بمدافع في القانون المقارن

تمهيد و تقسيم: تعرف التشريعات الجنائية المختلفة المحاكمات الجنائية الغيابية مع وجود اختلاف فيما بينها في كيفية معالجة هذا النوع من المحاكمات،[2] فبعض تلك التشريعات تعرف المحاكمات الجنائية الغيابية بصورة استثنائية، كتشريعات النظام الانجلوسكسوني و الأمريكي[3] والألماني،[4] وتشريعات أخري تقرها و لكن بقيود، كالتشريع الإيطالي

Criminal Matters, Questionnaire concerning judgments in absentia and the possibility of= retrial: Summary and compilation of replies, Strasbourg, 21 February 2013, 144

1 For more details concerning extradition requirements in other European countries consult, Ibid

2 Ministry of Justice, Newzeland, Discussion Document: Proceeding in the absence of the defendant, May 2009, 3

3 Rachel K. David, Ira Einhorn's Trial in Absentia: French Law Judging United States Law, (2003) 22 New York Law School Journal of International and Comparative Law. 611, 615. In the United States, "Federal Rule of Criminal Procedure 43 prohibits trials from going forward in the absence of the defendant when the proceedings have commenced. Trials in absentia, however, may be held whenever a defendant, initially present, is voluntarily absent after the trial has commenced. The United States Supreme Court interpreted a strict reading of these rules in Crosby v. U.S. There, the Court held that because of Rule 43, a trial in absentia was prohibited when a defendant was absent from the beginning of his criminal trial".

4 Section 230 of the German Code of Criminal Procedure provides: ‘No main hearing shall be held against a defendant who fails to

والفرنسي.[1]

و اذا كانت الصورة المثالية للعدالة الجنائية تتحقق بحضور جميع الخصوم و مشاركتهم في جميع الإجراءات أمام المحكمة حتي يتمكنوا من إبداء دفاعهم انتهاء بصدور حكم في مواجهتهم و بعد سماع أقوالهم، فان هذه الصورة المثالية لا تتحقق دوما. فقد يتخلف المتهم عن الحضور، إما عمدا أو سهوا أو جهلا بالتكليف بالحضور، و في هذه الحالة يجب علي القانون أن يحمي مصلحة هذا المتهم، و لكن دون إغفال مصالح باقي الخصوم و ضمان حسن سير العدالة الجنائية.[2]

---

appear'. Section 231 makes it clear that '[a] defendant who has appeared may not absent himself from the hearing', and that if he 'nevertheless absents himself, or fails to appear when an interrupted main hearing is continued, the main= =hearing may be concluded during his absence if he was already heard on the indictment and the court does not consider his further presence to be necessary'. English translation of the German Code of Criminal Procedure available at http://www.iuscomp.org/gla/statutes/ StPO. htm#230 Last accessed on 13 October 2013

1 Ralph Riachy, Trials in Absentia in the Lebanese Judicial System and at the Special Tribunal for Lebanon Challenge or Evolution? (2010) 8 Journal of International Criminal Justice. 1295, 1296

2 In this meaning the U.S. Supreme Court , in R. v. Czuczman, C.C.C., p. 390 provides that "An accused person should not be able to thwart the rights of others and of society by deliberately absenting himself from his trial. Balancing his rights against those of others and of society with respect to the trial, it is fair that the trial proceed and indeed, … , it offends a basic principle of fundamental justice if the trial must be aborted because the appellant absconds". Section 431.1(4) of the U.S. Criminal Code, which provides that "where an accused has absconded during the course of his trial and the court continues the trial, counsel for the

و بناء عليه، يجب مراعاة تحقيق التوازن بين حقوق الخصوم و حسن سير العدالة الجنائية عند وضع القواعد الخاصة بالمحاكمات الجنائية الغيابية.[1] فغياب المتهم لا يجب أن يحول دون السير في نظر الدعوي مراعاة لحقوق الخصم الحاضر، و في نفس الوقت لابد من مراعاة توفير الضمانات الأساسية للمتهم الغائب علي نحو يكفل حقه في محاكمة عادلة.

و لقد تفاوتت التشريعات المختلفة في نطاق الضمانات التي توفرها للمتهم الغائب. فبعضها تحرم المتهم الغائب من ابسط الحقوق التي تقتضيها المحاكمة العادلة، كحقه في الإستعانة بمدافع. و البعض الآخر تفرط في منحه ضمانات تؤدي إلي إطالة أمد التقاضي و إثقال كاهل جهاز العدالة. و بين هذه و تلك تحاول معظم التشريعات تحقيق التوازن بين حقوق المتهم الغائب من ناحية و حقوق باقي اطراف الدعوي الجنائية و ضمان حسن سير العدالة الجنائية من ناحية أخري.

و في هذا الباب سنحاول أن نتعرض بالرصد و التحليل لبعض التشريعات المقارنة، سواء علي المستوي الوطني أو المستوي الدولي، و التي حاولت أن تجيب علي التساؤل الخاص بمدي ملاءمة حضور مدافع عن المتهم

---

accused is not thereby deprived of any authority he or she may have to continue to act for the accused in the proceedings …".= =See, Alan D. Gold, Criminal procedure - Absconding accused, (1989) 31 Criminal Law Quarterly. 10

1 Niccolo Pons, Some Remarks on in Absentia Proceedings before the Special Tribunal for Lebanon in Case of a State's Failure or Refusal to Hand over the Accused, (2010) 8 Journal of International Criminal Justice. 1307, 1318

الغائب. و لقد وقع اختيارنا علي التشريع الفرنسي كأحد التشريعات الوطنية الداخلية ليشكل الحالة التطبيقية التي سنحاول من خلالها تأكيد وجهة نظرنا الداعمة لحق المتهم الغائب في الإستعانة بمدافع. أما علي المستوي الدولي فان المحاكم الجنائية الدولية المختلفة تقر، سواء في أنظمتها الأساسية أو سوابقها القضائية، بحق المتهم الغائب في الإستعانة بمدافع.

و بناء عليه ينقسم هذا الباب إلي فصلين أساسيين: نعالج في أولهما حق المتهم الغائب في الإستعانة بمدافع في القانون الفرنسي. و نتعرض في ثانيهما لهذا الحق في القانون الجنائي الدولي.

الفصل الأول

حق المتهم الغائب في الإستعانة بمحام في القانون الفرنسي

يرجع السبب في اختيار القانون الفرنسي كحالة تطبيقية لما لهذا القانون بصفة خاصة من تأثير علي قانون العقوبات المصري. فقد شكل قانون العقوبات الفرنسي الأصل التاريخي لقانون العقوبات المختلط لسنة ١٨٧٥، ثم لقانون العقوبات الأهلي لسنة ١٨٨٣، و أخيرا لقانون العقوبات الحالي لسنة ١٩٣٥. و لا يقتصر تأثير قانون العقوبات الفرنسي علي نظيره المصري في النشأة فقط، و إنما امتد لما طرأ علي قانون العقوبات المصري من تعديلات لاحقة كانت نتاج للتطور التشريعي في القانون الفرنسي.

أما فيما يتعلق بموضوع البحث، فان التجربة الفرنسية تشكل حالة نموذجية فريدة كونها احتضنت صراعا قانونيا بين القائلين بأحقية المتهم الغائب في الدفاع

بالوكالة و بين من انكروا عليه هذا الحق. هذا الصراع انتهي في عام ٢٠٠٤ بصدور القانون ٢٠٠٤/٢٠٤ و الذي اقر بحق المتهم الغائب في الإستعانة بمدافع. و بناء عليه فيقتضي التعرض للتجربة الفرنسية أن نميز بين مرحلتين أساسيتين: مرحلة ما قبل ٢٠٠٤ و مرحلة ما بعد ٢٠٠٤.

المبحث الأول

حق المتهم الغائب في الإستعانة بمدافع في القانون الفرنسي قبل ٢٠٠٤

كان قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، يقيم تفرقة بين المتهم بمخالفة أو جنحة، و بين المتهم بجناية، ففي حين يجيز للأول في بعض الحالات أن تجري المحاكمة في غيبته و يعطي محاميه الحاضر الحق في تقديم دفاعه، فانه كان يحظر تماما علي المتهم بجناية أن يتخلف عن حضور جلسات المحاكمة و إلا فان محاميه الحاضر يمنع من تمثيله أمام المحكمة أو تقديم دفاعه، و ذلك علي التفصيل الاتي:

أولا: بالنسبة للمتهم بمخالفة أو جنحة:[١]

الأصل وفقا للمادة ٤١٠ هو الحضور الشخصي للمتهم أمام محكمة الجنح متي صدر له تكليف بالحضور و اعلن إعلاناً قانونيا لشخصه، أو علم علما يقينيا بالتكليف

---

١ علي الرغم من أن نطاق هذا البحث يقتصر علي المتهم بجناية الغائب، فإن لدراسة التنظيم القانوني للمتهم بجنحة الغائب في القانون الفرنسي أهمية أكيدة في إستجلاء قدر التحول الذي طرأ علي التنظيم القانوني للمحاكمات الجنائية الغيابية في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بشكل عام و نظرة المشرع الفرنسي لحق هذا المتهم الغائب في الدفاع سواء كان متهم بجنحة أو مخالفة.

بالحضور وفقا للحالات المنصوص عليها في المواد ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٦٠ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.[١]

و بناء عليه فانه و بغرض الحد من الحالات التي يحكم فيها غيابيا و منعا لإطالة أمد التقاضي و تعطيل سير العدالة، فان المادة ٢/٤١٠ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي قررت اعتبار الحكم حضوريا، علي الرغم من غياب المتهم، و أيا كان مقدار العقوبة، في الحالات الآتية:

١. اذا كان المتهم قد اعلن إعلانا قانونيا، و ذلك بإثبات إعلانه في ورقة المحضرين المعدة لذلك.[٢]

٢. اذا كان المتهم قد علم بالتكليف بالحضور رغم عدم إعلانه لشخصه، و ذلك بتوقيعه علي إيصال استلام

---

1 Article 410/1 of the French Criminal Procedures Code states that "The defendant lawfully cited in person must appear unless he produces an excuse which is acknowledged as valid by the court before which he is called. The defendant is under same obligation where it is proved that although he was not cited in person, he was apprised of the lawful citation concerning him in the cases covered by articles 557, 558 and 560".

2 Article 557 of the French Criminal Procedures Code provides that "If the copy was served on someone residing at the domicile of the person concerned by the process, the bailiff informs forthwith this person of this notification by a recorded delivery letter with receipt notice. Where it is apparent from the receipt notice signed by the person concerned that he has received the bailiff's recorded delivery letter, the process delivered at the domicile produces the same effect as if it had been served in person….The domicile of a legal person is taken to be its registered office".

الخطاب المرسل إليه من المحضر علي منزله[1] أو إلي جهة الإدارة.[2]

1 Ibid para 2 “The bailiff may also send the person concerned a copy of the process by ordinary mail, with a receipt the addressee is invited to return by post or to deposit in the bailiff's office after signature. Where this receipt is returned signed, the process served at the domicile produces the same effect as if it had been served in person”.

2 Ibid Article 558 of the of the French Criminal Procedures Code states that “If the bailiff does not find anybody at the domicile of the person concerned by the process, he immediately verifies the accuracy of the address of this domicile.

Where the domicile indicated is in fact that of the person concerned, the bailiff notes his actions and findings in the process document, then hands a copy of this process document to the mayor at the town hall, or in his= =absence, to a deputy-mayor or delegated municipal councillor, or to the town clerk.

Of this notification he forthwith notifies the person concerned by recorded delivery letter with notice of receipt, cautioning him that he must immediately collect the copy of the process from the town hall indicated. If the process is the notification of a judgment made following a reiterated absence, the recorded delivery letter mentions the type of the instrument served and the time limit for filing an appeal.

Where it is apparent from the receipt notice signed by the person concerned that he has received the bailiff's recorded delivery letter, the process delivered at the town hall produces the same effect as if it had been served in person.

The bailiff may also send the person concerned a copy of the instrument by ordinary mail, with a receipt the addressee is invited to return by post or to deposit at the bailiff's office after signature. Where this receipt has been returned, the process served at the

٣. اذا استلم المتهم التكليف بالحضور المرسل إليه من قبل النيابة العامة بواسطة احد رجال السلطة العامة المكلف منها بالبحث و التحري عن مكان إقامة المتهم.[١]

---

town hall produces the same effect as if it had been served in person.

If the process is a summons to appear in court, it will only produce the effect set out in the previous article if the period between the day when the receipt notice was signed by the person concerned and the day indicated for the appearance before the correctional court or police court was at least equal to the period determined by article 552, taking into account the distance of the person's domicile".

1 Ibid Article 560 states that "Where it is not proved that the person concerned has received the letter sent to him by the bailiff in accordance with the provisions of articles 557 and 558, or where the process was delivered to the prosecution office, the district prosecutor may require a judicial police officer or agent to proceed to inquiries aimed at discovering the address of the person concerned. Where the latter is discovered, the judicial police officer or agent apprises him of the process, which is then effective as if it had been served in person.

The judicial police officer or agent drafts in every case an official record of his inquiries and sends it forthwith to the district prosecutor.

Where the summons is directed to a defendant, the district prosecutor may also order the police to search for the person concerned. Where the latter is discovered, the prosecutor is immediately informed and may send by any means available a copy of the process for service by a judicial police officer or agent. This notification amounts to a notification in person. Where a defendant concerned by a summons could not be found before the date fixed for the hearing, the search order may be extended. If he

٤. إذا ثبت حضور المتهم في بداية جلسة المحاكمة يعد الحكم الصادر حضوريا في مواجهته حتي لو انصرف بعد بدء المحاكمة مباشرة، و ذلك لأنه بحضوره الجلسة فقد علم يقينا بموعدها فلا يجوز له المطالبة لاحقا باعتبار المحاكمة غيابية مع ما يترتب علي ذلك من آثار.[١]

و لعله من المثير للجدل في قواعد الحضور و الغياب في مواد الجنح و المخالفات طبقا لقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي القديم، ليس حقيقة اعتبار الحكم حضوريا في الحالات الأربع سالفة البيان، و إنما حرمان المتهم في تلك الحالات الأربع من حق الدفاع بالوكالة. و هذا ما يفهم من المادة ١/٤١٧ قبل تعديلها و التي يجري نصها علي أن "المتهم الذي يحضر أمام المحكمة يكون له الحق في مساعدة المدافع القانوني".[٢] أي بمفهوم المخالفة، فان كل متهم يثبت علمه بميعاد المحاكمة فيتخلف عن الحضور فانه يحرم من الإستعانة بمدافع و يكون الحكم حضوريا في مواجهته.

---

is found, the district prosecutor may have a court summons notified to the person concerned pursuant to article 390-1.

The district prosecutor may also require of any administration, undertaking, institution or organ of any kind under the supervision of administrative authorities to impart to him any information at its disposal in order to discover the address of the defendant's domicile or= =residence, no opposition on grounds of professional secrecy being admissible".

1 Ibid Article 413

2 Ibid Article 417/1 "The defendant who appears before the court has the right to be assisted by defence counsel".

و اذا كـان السـابق هـو القاعـدة فـي مـواد الجـنح و المخالفـات، فـان لهـذه القاعـدة ثلاثـة اسـتثناءات لا يحضـر المتهم فيها أمام المحكمة و مع ذلك يسمع محاميه الحاضر:

١. اذا كانـت الجريمـة محـل الاتهـام معاقـب عليهـا بالغرامة أو بالحبس لأقل من سنتين، فيجوز للمتهم فـي هذه الحالة أن يطلب من رئيس المحكمة في خطـاب يوجهـه إليـه و يرفـق بـأوراق القضـية أن تجـري المحاكمـة فـي غيبتـه.[١] فاذا قبل رئيس المحكمة هذا الطلب، فـان المحـامي الحاضـر عـن المـتهم يسـمح لـه بتقديم دفاعـه.[٢] أمـا اذا رفض رئـيس المحكمـة هـذا الطلـب، فـان المـتهم يعـاد إعلانـه ليحضـر بشخصه في جلسة لاحقة، فاذا امتنع عن الحضور، شرعت المحكمـة فـي المحاكمـة دون أن تسـمع محاميـه الحاضـر. و في كلتا الحالتين يعتبر الحكم الصادر حضوريا في مواجهـة المتهم.[٣]

٢. اذا كـان الإعـلان بميعـاد جلسـة المحاكمـة الموجـه للمـتهم قـد صـدر عـن المـدعي بـالحقوق المدنيـة فـي دعـواه المباشـرة للمطالبـة بـالتعويض عـن الجريمـة، و بالتـالي لا يتنـاول التهمـة الموجهـة للمـتهم و بغـض النظـر عـن مقـدار العقوبـة، أو اذا تناولـت الجلسـة أمـور فرعيـه لا تـدخل فـي موضـوع الـدعوي الجنائيـة كالادعـاء المـدني.[٤] فـي هـذه الحالـة، كسـابقتها، يجـوز للمـتهم أن يتغيـب عـن الحضـور بشخصـه و يكتفـي بالحضـور التمثيلـي حيـث يسـمع محاميـه

1 Ibid Article 411/1

2 Ibid Article 411/3

3 Ibid Article 411/5-6

4 Ibid Article 414

الحاضر نيابة عنه أمام المحكمة.[1] كما ينسحب الحكم السابق علي المسئول عن الحقوق المدنية، حيث يجوز له أن يثبت حضوره من خلال محاميه الحاضر فقط دون حضوره الفعلي.[2]

٣. اذا كانت الحالة الصحية للمتهم تحول دون حضوره بشخصه أمام المحكمة، و اذا كانت ظروف الدعوي تقتضي سرعة السير فيها، فانه يجوز للمحكمة أن تندب احد القضاة لسماع المتهم في مقر إقامته أو محبسه اذا كان محبوسا. و تعد المحاكمة في هذه الحالة حضورية، و الأهم أنه يسمح لمحامي المتهم أن يحضر معه أثناء سؤاله من قبل القاضي المنتدب.[3]

و هذه الحالة في حقيقة الأمر تختلف عن سابقاتها في أن المتهم و إن لم يحضر أمام المحكمة ذاتها إلا أنه قد تواجد بشخصه أمام ممثل المحكمة المنتدب من قبلها للاستماع إليه و بالتالي فحضور محاميه معه ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة، علي خلاف الحالتين السابقتين التي لا يحضر المتهم فيهما تماما أمام القضاء الجنائي بنفسه مفضلا الحضور التمثيلي.

وختاما لما تقدم فإننا نؤكد أن القاعدة العامة في مواد الجنح و المخالفات وفقا لقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي قبل التعديل في ٢٠٠٤ كانت كلما علم المتهم يقينا بالتكليف بالحضور وجب عليه أن يحضر بنفسه أمام المحكمة و هنا فقط يسمع محاميه الحاضر معه، فان لم يكن له محام عينت

---

1 Ibid Article 411/2-3

2 Ibid Article 415

3 Ibid Article 416

لـه المحكمـة محـام.[1] أمـا اذا لـم تتـيقن المحكمـة مـن علمـه بالتكليف بالحضور في أي من الحالات المشار إليها بعاليه فـان المحاكمـة تكـون غيابيـة و لا يسـمع محـامي المـتهم الحاضر نيابة عنه،[2] و بالتالي لا يعد مجرد حضور المتهم أمام المحكمة لطلب التأجيل أو الإحالة دليلا في حد ذاته علي علم المتهم بالتكليف بالحضور.[3]

ثانيا: بالنسبة للمتهم بجناية:

اذا كـان المـتهم بجنحـة أو مخالفـة يمكنـه وفقـا لقـانون الإجراءات الجنائية الفرنسي القديم أن يتخلف عن حضور جلسة المحاكمة في بعض الحالات الاستثنائية رغم إعلانه قانونـا بـالتكليف بالحضـور، فـان المـتهم بجنايـة ملـزم دائمـا بالحضور بشخصه أمام محكمة الجنايات في الميعاد المحدد لـه و إلا اعتبـر "متمـردا علـي القـانون" " Rebel against the Law" "Rebelle à la Loi"، الأمـر الـذي يسـتتبع اتخـاذ جملـة مـن الإجـراءات القهريـة ضـده و حرمانـه مـن العديـد مـن الحقوق بهدف إجباره علي الحضور أمام محكمة الجنايات.

فوفقا للمادة ٦٢٧ (مكرر ٢١) من قانون الإجراءات الجناية الفرنسي قبل إلغائها فانه "إذا لم يقبض علـي المـتهم بعـد صـدور قـرار الاتهـام أو لـم يقـدم نفسـه للعدالـة خـلال عشرة أيام من تاريخ إعلانه في موطنه، أو اذا هرب عقب تقديم نفسه أو القبض عليه، فان رئيس محكمـة الجنايـات، و في حال غيابه فرئيس المحكمة الابتدائية أو من يقوم مقامه،

---

1 Ibid Article 417/1-2

2 Ibid Article 412

٣ الدكتور/ أحمد شوقي أبو خطوة، الأحكام الجنائية الغيابية، المرجع السابق، ص١٠٤

يصدر قرارا بوجوب حضور المتهم في موعد جديد غايته عشرة أيام، و إلا اعتبر "متمردا علي القانون" فتتوقف ممارسته لحقوقه كمواطن، و يتم التحفظ علي أمواله مدة محاكمته غيابيا، و يحظر عليه اتخاذ أي إجراء قانوني خلال ذات المدة، و يجب علي كل من علم بمكان وجوده أن يخبر الجهات المعنية عنه".[١]

و لضمان علم المتهم الغائب بقرار اعتباره متمردا علي القانون، فان هذا القرار يتم نشره في خلال أسبوع من صدوره في احدي الصحف التي تصدر في المقاطعة الكائن بها محل إقامة المتهم، و تلصق صورة منه علي باب موطن المتهم و مقر العمدية و مقر محكمة الجنايات.[٢]

أما عن إجراءات محاكمة المتهم بجناية الغائب فانه بانقضاء العشرة أيام التالية لإعلانه بانه اضحي متمردا علي القانون فان المحكمة، و بعد أن تتأكد من صحة إعلان المتهم، تفصل في الشق الجنائي غيابيا، و ذلك بعد الاطلاع علي الأوراق المقدمة من النيابة العامة و دون حضور المحلفين، ثم تفصل في الشق المدني التبعي.[٣] فاذا صدر الحكم بإدانة المتهم، فانه ينشر في ذات الأماكن التي نشر أو لصق بها قرار اعتباره متمردا علي القانون لضمان علم المدان و الغير بهذا الحكم. و لا يجوز للمحكوم عليه أن يطعن بالنقض في الحكم الغيابي الصادر بإدانته.[٤]

---

1 Ibid Article 627-21

2 Ibid Article 628

3 Ibid Article 632

4 Article 636

و علي الرغم من أن الحكم الغيابي الذي يصدر علي المتهم بجناية يسمي حكما تهديديا مؤقتا يسقط بمجرد حضور المحكوم عليه إختيارا أو إجبارا،[1] فإنها، كما هو الحال في القانون المصري، لا تحول تلك الطبيعة التهديدية دون التنفيذ المعجل لجميع العقوبات التي يمكن تنفيذها، كالمصادرة و الغرامة و التعويض المدني، دون العقوبات السالبة للحرية أو الحياة، الإعدام، و ذلك لتغيب محلها بطبيعة الحال.[2]

و لا يتوقف الأمر عند هذا الحد و إنما تخضع أموال المحكوم عليه للقواعد المتبعة في إدارة أموال الغائب، حيث يتم الحجز علي أمواله، ما لم تكن قد تم مصادرتها، و ذلك لحين وفاة المحكوم عليه أو حضوره اختيارا أو جبرا بالقبض عليه أو بانقضاء مدة تقادم العقوبة. فاذا تحققت أي من الحالات السابقة تسلم الأموال إلي المالك الشرعي لها سواء كان ورثة المحكوم عليه في حالة وفاته أو المحكوم عليه ذاته في غير ذلك من الحالات.[3]

و بالنظر إلي مجموعة الإجراءات التي تتخذ في مواجهة المتهم بجناية الغائب سواء في المرحلة السابقة علي المحاكمة الغيابية أو في مرحلة المحاكمة الغيابية ذاتها أو حتي في الإجراءات التي تتخذ بعد صدور الحكم الغيابي، فان تلك الإجراءات جميعها تشير بما لا يدع مجالا للشك أننا حيال مجرم مدان و ليس متهم بريء إلي أن تثبت

---

1 Article 639

٢ الدكتور/ أحمد شوقي أبو خطوة، الأحكام الجنائية الغيابية، المرجع السابق، ص ١١٤

3 Ibid Article 633

إدانته. فاذا علمنا أن جميع تلك الإجراءات قد تم اتخاذها دون أن يمكن هذا المتهم الغائب من تقديم أي دفاع، علي الرغم من رغبته بإرساله محام، فان ظلالا من الشك ستطال حتما شرعية و عدالة تلك الإجراءات.

و اذا كنا لسنا بمعرض البحث عن مدي تناسب أي من الإجراءات السابقة التي تبناها قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي القديم للضغط علي إرادة المتهم الغائب لإجباره علي الحضور، خاصة في ظل سلامة الغاية و هي تحقيق المصلحة العامة بحضور المتهم، فان إجراء وحيدا هو ما نظن أنه بتوافره لكان اضفي مشروعية اكبر علي جميع تلك الإجراءات. فبتمكين المتهم الغائب من حقه في الإستعانة بمدافع، يصبح تبرير حرمانه من حقوقه المالية و اتخاذ إجراءات تحفظية حيالها و تنفيذ بعض العقوبات عليه لإجباره علي الحضور أو لاقتضاء حقوق الغير مبررا، لأنه أتيحت له فرصة تقديم دفاعه إلا أنه فشل في دحض أدلة الاتهام المقدمة ضده، و بالتالي فان قرينة البراءة الثابتة في حقه قد تم نفيها بحكم الإدانة الصادر في مواجهته. إلا أنه و للأسف حرم من حق الدفاع بالوكالة و بالتالي فان محاكمته قد جرت في غيابه شخصا و توكيلا.

المبحث الثاني

حق المتهم الغائب في الإستعانة بمدافع في القانون الفرنسي بعد عام ٢٠٠٤

دائما ما قدم القانون الفرنسي المكتوب علي أنه المثل الذي يجب أن تحتذي به باقي القوانين في احترام حقوق الإنسان ولاسيما وفقا للمعايير الأوروبية. إلا أن هذه الوجهة من النظر قد تعرضت للعديد من سهام التشكيك فيها

من جانب المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والتي انتقدت في غير مرة القواعد المنظمة للمحاكمات الغيابية الواردة بقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لحرمانها المتهم الغائب، كقاعدة عامة، من حقه في الإستعانة بمحام.[1] و نتيجة لتلك الانتقادات اضطرت فرنسا إلي إصدار قانون رقم ٢٠٤ لسنة ٢٠٠٤ و الذي ادخل تعديلات جذرية علي نظام المحاكمات الجنائية الغيابية و حق المتهم في هذا النوع من المحاكمات في الإستعانة بمدافع.

وبناء عليه يقتضي التعرض للوضع في فرنسا بعد القانون الصادر في عام ٢٠٠٤ أن نستعرض بعض السوابق القضائية الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان و التي مهدت وبشرت لإقرار حق الإستعانة بمحام للمتهم الغائب، ثم نلي ذلك بعرض للتنظيم القانوني للحق في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الجديد.

المطلب الأول

السوابق القضائية التي مهدت لإقرار الحق

تعددت الأقضية التي رفعت علي الدولة الفرنسية

---

1 Jacqueline Hodgson, French Criminal Justice A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France (Hart Publishing, 2005) 45; For the the most important and recent ECHR decisions that sentenced Italy on varied criminal procedure aspects and influenced both legislative choices and judicial decisions, see, Clara Tracogna, The influence of the ECHR jurisprudence on the national criminal procedure system. The Italian perspective: from divergence to realignment, (2010) 17 Lex ET Scientia International Journal. 84. Available online at: www.ceeol.com

بخصوص حق المتهم الغائب في الإستعانة بمحام.[1] فكما قدمنا سلفا، كان قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي يحظر هذا الحق، الأمر الذي أثار العديد من الجدل القانوني أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في أكثر من مناسبه، نتعرض لأهمها فيما يلي:

أولا :قضية *Poitrimol v.France*

ترجع وقائع هذه القضية إلي عام ١٩٨٤ حينما انتقل

---

1 See for example, Van Pelt v. France, ECHR, 23 May 2000, Karatas v France ECHR, 16 May 2003; Voisine v France, ECHR, 8 February 2000; Meftah v France,2003 and Adoud v France, 2002; Omar v. France, ECHR, 27 July 1998. In this case the ECHR held that "the inadmissibility of the appeal on points of law, on grounds connected with the applicant's having absconded, ... amounted to a disproportionate sanction, having regard to the signal importance of the rights of the defence and of the principle of the rule of law in a democratic society. That finding is even more valid in the present case".

The right of the absconding accused for a counsel in his in absentia trial has been invoked by the ECHR in several other EU countries among them is the Netherlands. Reformulating this approach of the trial in absentia in terms of rights one could phrase the Dutch message to the defendant as follows: If you waive your right to be present and defend yourself, you have automatically waived the right to any defence unless you have a relevant excuse; if you prefer otherwise, you have only one option: to come to court in person thereby= =rendering the trial contradictory". This clear-cut approach was challenged under article 6 of the Convention in the case of Lala v The Netherlands, ECHR, 1993. For more details on the Dutch case see, Evert F Stamhuis, In absentia trials and the right to defend: the incorporation of a European human rights principle into the Dutch criminal justice system, (2001) 23 Victoria University of Willington Law Review. 715, 722

السيد Poitrimol إلي تركيا بصحبه ابنيه تاركا فرنسا حيث تقطن زوجته، والتي لها حق حضانتهما قانونا. تقدمت الزوجة بشكوي ضد زوجها أمام الجهات القضائية المختصة، متهمة زوجها بعدم تسليم الأبناء لها رغم كونها الحاضن الشرعي لهما. لم يعد السيد Poitrimol إلي فرنسا، فصدر ضده حكم غيابي بالحبس سنه من محكمة مرسيليا وأمرت بضبطه و إحضاره. استأنف محاميه حكم أول درجه، فقضت محكمه الاستئناف بتاريخ العاشر من سبتمبر ١٩٨٦ بتأجيل القضية إلي جلسة الرابع من فبراير ١٩٨٧ و أمرت المحكمة بضرورة حضور المتهم.[١]

لم يحضر المتهم بنفسه أمام المحكمة، و إنما حضر محاميه بالنيابة عنه، فأصدرت المحكمة الاستئنافية في الخامس و العشرين من فبراير ١٩٨٧ حكمها بتأييد حكم محكمة أول درجه وذلك دون إعطاء المحامي الحاضر نيابة عن المتهم فرصة الدفاع عنه، و استندت المحكمة إلي المادة ٣/٤١١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي و التي تحظر حضور محام عن المتهم الغائب بجنحة اذا أصرت المحكمة علي ضرورة حضور المتهم.[٢] طعن

1 Poitrimol V. France, ECHR, Application no. 14032/88, 23 November 1993

2 Ibid, para 20. The Court citied the following reasons to justify its decision “While a defendant summoned for an offence punishable, as in the instant case, by a term of imprisonment of less than two years may, by letter to the presiding judge, apply to be tried inter partes in his absence but represented by counsel, pursuant to the first and second paragraphs of Article 411 of the Code of Criminal Procedure, it is a principle, and is apparent from the general scheme of the Code of Criminal Procedure, that this is a right which does not apply where, as in Mr Poitrimol’s case, a warrant

المحامي أمام محكمة النقض و في الحادي و العشرون من ديسمبر ١٩٨٧ صدر حكم محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن المقدم من المحامي استنادا إلي عدم أحقية المتهم الهارب في الطعن استنادا للمادة ٦٣٦ إجراءات جنائية.[١]

في الحادي و العشرين من إبريل ١٩٨٨ تقدم محامي السيد Poitrimol بشكواه إلي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مدعيا أن موكله لم يحظ بمحاكمة عادلة طبقا للضمانات الواردة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لاسيما المادة السادسة فقره (١) و(٣) (ج)،[٢] حيث تمت محاكمته غيابيا دون أن يمكن من حق إبداء دفاعه من خلال محاميه الحاضر،[٣] هذا بالإضافة إلي مخالفة حظر حضور محام عن المتهم الغائب مع قرار لجنة الوزراء بالمجلس الأوروبي رقم ٧٥ (١١) و الذي يضع "المعايير الحاكمة للإجراءات المتخذة ضد المتهم الغائب في دول الاتحاد الأوروبي". فهذا القرار يشترط، ضمن مجموعة

---

has been issued for the defendant's arrest and the defendant has absconded and is accordingly not entitled to instruct counsel to represent and defend him ...; That being so, the Court will try the case on the merits without the defendant, Bernard Poitrimol, being able to be represented by Mr Schmerber."

1 Ibid para 21

2 European Convention on Human Rights, Article 6 (1) and (3) (c) states that "1. In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal …

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:... =

= (c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing ..."

3 Poitrimol V. France, para. 28

ضمانات الحد الأدنى التي تلتزم بها دول الاتحاد و منها فرنسا بطبيعة الحال، أنه "إذا حوكم المتهم غيابيا، فيجب أن تتبع الإجراءات العادية في جمع الأدلة، كما أن محامي المتهم لابد أن يمكن من التدخل في الإجراءات".[1]

أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، بررت الحكومة الفرنسية حرمان المتهم الغائب من الإستعانة بمحام من خلال الإجابة علي سؤال مؤداه: هل يحق للمتهم الذي تخلف عمدا عن حضور جلسة المحاكمة أن يتمسك بحقه في الإستعانة بمدافع من اختياره طبقا للمادة ٦ (٣) (ج) من الاتفاقية الأوروبية؟.[2]

في الإجابة علي هذا السؤال نوهت الحكومة الفرنسية إلي أن المادة ٦ (٣) (ج) من الاتفاقية تشير إلي حق المتهم في المساعدة القانونية Legal Assistant وليس التمثيل القانوني Legal Representation. و وفقا للحكومة الفرنسية، فأن مصطلح مساعده قانونيه طبقا للقانون الفرنسي يعني كون المتهم متواجد بجوار محاميه، في حين

1 Resolution (75) 11 on "The Criteria Governing Proceedings Held in the Absence of the Accused", adopted by the Committee of Ministers on 21 May 1975 at the 245th meeting of the Ministers' Deputies. The Resolution provides in para. 8 that "Convinced that the growing mobility of the population has the effect of increasing the number of judgements rendered in the absence of the accused in those states where this procedure is used,

I. Recommends that the governments of the member states apply the following minimum rules:…

5. Where the accused is tried in his absence, evidence must be taken in the usual manner and the defence must have the right to intervene …"

2 Ibid para 32

أن مصطلح التمثيل القانوني يشير إلي استبدال المدافع بالمتهم.

كما استطردت الحكومة أنه من المعلوم في المسائل الجنائية، وطبقا للمادة ٤١٠ من قانون الإجراءات الجنائية، أن القاعدة هي الحضور الشخصي أمام المحكمة، فاذا تخلف السيد Poitrimol عن الحضور عن عمد رغم علمه بموعد المحاكمة، فان هذا المسلك منه يدل دلاله واضحه علي تنازله عن حقه في الدفاع سواء بالأصالة أو بالوكالة.[١]

بالنسبة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فإنها رفضت الحجج التي قدمتها الحكومة الفرنسية لتبرير موقفها الرافض لحق المتهم الغائب في الإستعانة بمحام.[٢] وفي تعليلها لموقفها أكدت المحكمة ابتداء علي أهمية الحضور الشخصي للمتهم سواء لحمايه حقه في الدفاع أو للتأكد من صحه أقواله ومقارنتها بأقوال المجني عليه والشهود. وبالتالي فيجب علي التشريع الوطني أن يعمل علي الحد من الغياب الغير مبرر.[٣] ومع ذلك، فان المحكمة رفضت وبشده التبرير الذي تقدمت به الحكومة لحرمان المتهم الغائب من حقه في الدفاع بالوكالة، واصفة إياه "بالفهم الضيق لمصطلح المساعدة القانونية".[٤]

و بررت المحكمة موقفها بانه و إن كان الحق في الدفاع ليس حق مطلق إلا أنه من الحقوق الأساسية لأي متهم بجريمه جنائية وفقا للمعايير الدولية للمحاكمة العادلة.

---

1 Ibid para 33

2 Ibid para 34

3 Ibid para 35

4 Ibid para 34

و بالتالي أكدت المحكمة بكل وضوح أنه يكون من غير المقبول، مع الأهمية التي أولتها التشريعات المختلفة لحق الدفاع، أن يحرم المتهم من هذا الحق بالكلية لمجرد عدم حضوره.[1] و أضافت المحكمة أن رفض محكمة الاستئناف الطعن المقدم من المتهم استنادا إلي كونه غائب هو جزاء غير متناسب تماما مع ما لحق الدفاع من قيمة عليا، كما أنه يتعارض مع مبدأ سيادة القانون في المجتمعات المتحضرة.[2]

ثانيا: قضية *krombach v. France*

تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد Krombach، ألماني الجنسية، كان قد ادين غيابيا في فرنسا بجناية قتل ابنة زوجته، فرنسية الجنسية، من أب آخر، و ذلك أثناء

---

1 Ibid para 35; The ECHR has dismissed an application which sought the annulment of a national judgment on the basis that it did not allow an accused who failed to attend his trial without providing an excuse that has been accepted by the court, on the basis that he had appointed two counsels to present his case. See, Medenica v. Switzerland, ECHR, Application no. 20491/92, 14 June 2001. The Court notes that "In the instant case … by an order of 19 April 1989 the President of the Canton of Geneva Assize Court dismissed the applicant's application for an adjournment of the trial, on the ground that his absence was due to his own culpable conduct. In a judgment of 26 May 1989 it convicted him in absentia and sentenced him to four years' imprisonment. The present case is distinguishable from Poitrimol, Lala and Pelladoah v. the Netherlands, and Van Geyseghem and Krombach, in that the applicant was not penalised for his absence by being denied the right to legal assistance, since the applicant's defence at the trial was conducted by two lawyers of his own choosing".

2 Ibid Para 38

وجودها في ألمانيا بصحبته. و حاكمته محكمة الجنايات في باريس غيابيا، إستنادا إلي مبدأ الشخصية السلبية، و عاقبته بالسجن خمسة عشر عاما، دون أن تسمع محاميه الحاضر.[1] فطعن علي حكم محكمة الجنايات أمام محكمة النقض الفرنسية و التي قضت برفض الطعن استنادا إلي المادة ٦٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي حيث أنها تحرم المتهم بجناية الغائب من حق الطعن بالنقض.[2]

حاول المدعي بالحقوق المدنية، والد المجني عليها، حمل السلطات القضائية في ألمانيا علي تطبيق حكم محكمة الجنايات في باريس في شقه المدني و ذلك بالزام المتهم Krombach بدفع مبلغ التعويض المقضي به، إلا أن المحكمة الفيدرالية بألمانيا رفضت طلبه استنادا إلي أن حرمان المتهم أمام القضاء الفرنسي من حقه في الإستعانة بمدافع هو أمر يخل بمبدأ المساواة في الأسلحة للخصوم في الدعوي و بالتالي يتعارض مع النظام العام الألماني.[3]

---

1 Krombach v. France, ECHR, Application no. 29731/96, 13 February 2001, Paras. 23, 45

2 Ibid para 48

3 Ibid paras. 50-54 "On 12 September 1995 the victim's father applied to the Kempten Regional Court for an authority to execute the Paris Assize Court's judgment ordering the applicant to pay FRF 350,000 in damages. On 29 April 1996 the Regional Court granted that application and its decision was upheld by the Munich Court of Appeal on 11 February 1997.

The applicant appealed on points of law. By a decision of 4 December 1997 the Federal Court (Bundesgerichtshof) referred the case to the Court of Justice of the European Communities with a view to obtaining a preliminary ruling on the interpretation of Article 27 (1) of the= =Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction

فـي السـابع مـن ينـاير ٢٠٠٠ القـي القـبض علـي Krombach فـي النمسـا أثنـاء وجـوده بهـا بنـاء علـي طلـب التسليم المقدم من فرنسا، فطالب بإخلاء سبيله، إلا أن طلبـه رفض من محكمة Feldkirch الابتدائيـة، فطعن أمـام محكمـة Innsbruck الاسـتئنافية و التـي امـرت بـالإفراج عنـه فـورا

---

and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, which lays down that "judicial decisions shall not be recognised if recognition would be contrary to public policy in the State in which recognition is sought".

Among the reasons given by the Federal Court for seeking a ruling was that it considered that the enforcement of the judicial decision obtained by proceedings in absentia such as those conducted in France might be regarded as contrary to German public policy, at least so far as the civil limb of the proceedings was concerned, as Article 103 (1) of the Basic Law laid down that everyone had the right to be heard (Anspruch auf rechtliches Gehör), and that that right incorporated the right to representation by a lawyer. Lastly, referring to Article 6 of the European Convention on Human Rights, the Federal Court indicated that the decision delivered in absentia appeared to it to infringe the right to access to a court and, as regards the civil limb, the right to equality of arms.

In a judgment of 28 March 2000, the Court of Justice of the European Communities held: "the court of the State in which enforcement is sought can, with respect to a defendant domiciled in that State and prosecuted for an intentional offence, take account, in relation to the public-policy clause in Article 27, point 1, of the Convention, of the fact that the court of the State of origin refused to allow that person to have his defence presented unless he appeared in person".

Following that judgment the Federal Court dismissed the application by the victim's father of 29 June 2000 for an order to enforce the civil judgment delivered by the French Assize Court on 13 March 1995".

استنادا إلي أن المحبوس كان قد سبق محاكمته عن ذات الجريمة التي يراد تسليمه إلي فرنسا بسببها و صدر حكم نهائي و بات ببراءته منها و بالتالي فتسليمه إلي فرنسا يتعارض مع مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن ذات الفعل مرتين non bis in idem.[1]

أما أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فان Krombach تقدم بطلب لإلغاء حكم محكمة الجنايات بباريس، وذلك لأن الحكم الصادر من محكمة الجنايات الفرنسية في التاسع من مارس ١٩٩٥، و الذي استند إلي

1 Ibid para. 55 "On 7 January 2000 the applicant was arrested in Austria and detained pursuant to an order of the judge of the Feldkirch Regional Court (Journalrichter des Landesgerichts Feldkirch) pending the hearing of a request for his extradition. By an order of 21 January 2000 the judge concerned dismissed a bail application by the applicant, despite his offer of a surety.

However, on 2 February 2000 the Innsbruck Court of Appeal (Oberlandesgericht Innsbruck) quashed that order and ordered the applicant's immediate release. It considered that the judgment of the Munich Court of Appeal of 9 September 1987 (see paragraph 22 above), against which there was no right of appeal under German law, raised a relative estoppel per rem judicatam, since the investigation could only be restarted in Germany if new evidence came to light. Once the courts in the state in which the offence had been committed had decided not to prosecute the applicant and had taken a final decision in that regard, he could not be detained for the purposes of extradition. Lastly, the Court of Appeal held that Article 54 of the Convention implementing the Schengen Agreement (Schengener Durchführungsabkommen), which incorporates the non bis in idem principle, precluded the applicant's being retried in France in respect of the matters for which a final discharge order had been made in his favour in Germany"

المادة ٦٣٠ من قانون الإجراءات الجنائية، قد حرمه بالكلية من حقه في الدفاع. هذا بالإضافة إلي حرمانه طبقا للمادة ٦٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي من الطعن بالنقض علي حكم الإدانة الغيابي الصادر من محكمة الجنايات كمحكمة أول و آخر درجة.

و أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان دفعت الحكومة الفرنسية بعدم اختصاص المحكمة الأوروبية و ذلك لعدم استنفاذ طرق التقاضي الوطنية. فعلي الرغم من أن السيد krombach قد صدر في حقه حكم محكمة الجنايات غيابيا بسجنه، إلا أن هذا الحكم ليس إلا حكم تهديدي مؤقت Provisional يسقط بمجرد القبض عليه أو تسليم نفسه للسلطات،[1] و عندها سيكون له حق الإستعانة بمدافع في محاكمة جديدة أمام محكمة الجنايات، كمحكمة موضوع، هذا بالإضافة إلي حقه في الطعن أمام محكمة النقض، كمحكمة قانون، علي حكم محكمة الجنايات.[2]

لم يقر المدعي، و كذلك فعلت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الحكومة الفرنسية علي تبريرها المتقدم، حيث اكد المدعي أولا، عدم صحة اعتبار إعادة المحاكمة كآلية وطنية لإنصافه يجب اللجوء إليها قبل رفع شكواه أمام المحكمة الأوروبية، و ذلك لكونها، أي إعادة المحاكمة، معلقة علي شرط و هو تسليم نفسه للسلطات و هو الأمر غير المتناسب تماما مع حرمانه من حقه في الدفاع و الطعن بالنقض، و لا يصلح بحال الانتهاك الواقع نتيجة

1 Ibid para 63
2 Ibid

للحظر الوارد في المواد ٦٣٠ و ٦٣٦.[١]

أما ثانيا و الأهم، فان المدعي و المحكمة من بعده قد تمسكا بان ادعاء الأول أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان يختلف في مضمونه تماما عما تثيره الحكومة الفرنسية، ففي حين ينصب تبرير الأخيرة لحرمان المدعي من حقه في الإستعانة بمدافع علي أن الحكم ضده مؤقت و أنه اذا سلم نفسه أو قبض عليه فسيكفل له القانون الفرنسي محاكمة عادلة يمارس فيها حقه في الدفاع كاملا، تنصب شكوي المدعي في دعواه أمام المحكمة الأوروبية علي حرمانه ابتداء، طبقا للمادة ٦٣٠ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية، من حق الدفاع بالوكالة تحت أي مبرر و لاسيما غيابه عن المحاكمة أو هربه،[٢] و بالتالي فدفع الحكومة أنه بحضوره أمام المحكمة سيمنح حق الدفاع بالوكالة، هو دفع يخرج عن نطاق الدعوي المطروحة علي المحكمة، و هذا ما أيدته المحكمة ذاتها.[٣]

---

1 Ibid para 72

2 Ibid para 64 "The applicant contested that argument. He contended that his complaints related to the conduct of the trial in absentia proceedings as such and that the question of the fairness of any retrial by the Assize Court in the event of the contempt being purged was not in issue in his application to the Convention institutions. His criticism was directed at the fact that Articles 630 and 636 of the Code of Criminal Procedure established an absolute bar on an accused being defended by counsel at the trial or appealing to the Court of Cassation against an assize-court judgment delivered following trial in absentia".

3 Ibid para. 66 "In the instant case, the Court observes that under French law an accused who fails to report to the authorities or is not apprehended within ten days after the service of the order committing him or her to stand trial in the assize court is tried in

أضاف المدعي كذلك حجة أخري علي درجة كبيرة من الأهمية لدحض ادعاء الحكومة الفرنسية بان الحكم الغيابي هو حكم تهديدي غير نافذ و لا يناقض قرينة البراءة الثابتة للمتهم الغائب. فعلي الرغم من أن الحكم الغيابي لا ينفذ في شقه المتعلق بالعقوبات السالبة للحرية، و إنما تعاد المحاكمة بمجرد القبض علي المتهم، إلا أن جميع العقوبات الأخرى تكون واجبة النفاذ و بصفة خاصة العقوبات المدنية كالتعويض و الحجز علي أموال المتهم طبقا للمادة ٦٣٣ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.[١]

و ليس أدل علي ذلك من سعي المدعي بالحقوق المدنية لدي المحاكم الألمانية محاولا اقتضاء حقه في التعويض و مستندا في مطالبته تلك إلي حكم محكمة جنايات باريس الغيابي و الذي صدر في مواجهة المدعي دون أن يسمع محاميه الحاضر نيابة عنه.[٢] كما يدحض كذلك الطبيعة التهديدية للحكم الغيابي طلب الحكومة الفرنسية من النمسا تسليم المدعي استنادا إلي هذا الحكم، و بالتالي لم يتوقف الأمر عند مجرد ضبطه و إحضاره الساري داخل الأراضي الفرنسية.[٣]

كل تلك الإجراءات بالتالي تؤكد، علي خلاف مزاعم الحكومة الفرنسية، مدي خطورة الحكم الغيابي علي

---

absentia. As noted by the applicant, it is the procedure for the accused's trial in absentia that forms the subject matter of this application".

١ راجع سابقا التنظيم القانوني للمحاكمات الغيابية في الجنايات طبقا لقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي القديم.

٢ راجع سابقا

3 Ibid paras 63-64

اصل البراءة الذي يتمتع به المتهم علي النحو الذي يبرر بجلاء ضرورة تمكينه من حق الدفاع بالوكالة و ذلك اذا أريد لهذه المحاكمة الغيابية أن تتصف بالعادلة.

و لقد تبنت المحكمة ما أبداه المدعي من حجج،[1] بل و زادت عليها أن مكنة إعادة المحاكمة هي مسألة قد تكون افتراضية و لا تتحقق في الواقع العملي و ذلك اذا صار الحكم الغيابي نهائيا بمضي المدة، اذا ظل المتهم هارب أو لم يسلم نفسه للسلطات، أو بالوفاة، في حالة موته قبل إعادة محاكمته كما أكدت محكمة النقض الفرنسية.[2] و بالتالي رأت المحكمة ضرورة تمكين المتهم دائما من حق الدفاع و اعتبرت حرمانه من هذا الحق بدعوي عدم حضوره غير متناسب تماما مع أهمية الحق، كما قررت في العديد من القضايا المماثلة التي عرضت عليها.[3] فالمحكمة، و علي الرغم من إقرارها بأهمية حضور المتهم إجراءات المحاكمة، بل و إقرارها بجواز معاقبة المتهم الذي يتخلف عن الحضور، فإنها رأت أن هذا العقاب لا يجب أبداً أن يكون من خلال وضع استثناءات علي حق الدفاع.[4]

---

1 Ibid paras 82-91

2 Ibid para 61 " Under the case-law of the Court of Cassation, if a person convicted in absentia dies during the period allowed for the enforcement of the sentence, the conviction becomes irrevocable (Court of Cassation, Criminal Division, 1 July 1954, Recueil Dalloz 1954, p. 550)

3 Poitrimol, Lala, Pelladoah and Van Geyseghem; see also, Jeremy McBride, Human rights and criminal procedure: The case law of the European Court of Human Rights (Council of Europe Publishing, 2009) 246

4 Ibid para. 89 "Although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a

المطلب الثاني

التنظيم القانوني لحق المتهم الغائب في الإستعانة بمحامي وفقا لقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الجديد

مهدت الأحكام الصادرة عن المحكمة الأوروبية سالفة الذكر وغيرها الطريق نحو الإقرار بحق المتهم الغائب في الإستعانة بمدافع سواء كان متهم بجنحه، والتي كان يشملها حظر جزئي، أو بجناية، والتي كان يشملها حظر مطلق طبقا للمادة ٦٣٠ إجراءات جنائية.

ولعله من المهم الإشارة إلي أن إقرار فرنسا للحق في الإستعانة بمدافع لم يكن فقط نابع من رغبة داخلية في جعل قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي متفق إلي ابعد حد مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان، ولكن التعديل الذي أدخلته فرنسا علي قانون الإجراءات الجنائية في حقيقة الأمر جاء كرد فعل للأحكام الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان و ما شكلته من ضغط علي الحكومة الفرنسية. ذلك أنه طبقا للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، و بصفة خاصة المادة ٤٦ منها، تعتبر الأحكام القضائية للمحكمة ملزمة لجميع الدول الأطراف،[١] و

---

lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of a fair trial. A person charged with a criminal offence does not lose the benefit of this right merely on account of not being present at the trial. Even if the legislature must be able to discourage unjustified absences, it cannot penalise them by creating exceptions to the right to legal assistance".

١ الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان "اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا"، روما، ٤ نوفمبر ١٩٥٠، المادة ٤٦ (١) تنص علي انه "لأي من الأطراف السامية المتعاقدة أن تعلن في أي وقت اعترافها بالأثر الملزم لقضاء المحكمة بذاته دون اتفاق خاص في جميع المسائل المتعلقة بتفسير وتطبيق هذه المعاهدة".

تضطلع لجنة الوزراء الأوروبيين بمهمة مراقبة مدي التزام الدول الأطراف بهذه الأحكام،[١] و هو ما تم عقب صدور الأحكام سالفة الذكر.[٢]

---

١ المرجع السابق، تنص المادة ٥٤ علي انه "يحال حكم المحكمة إلى لجنة الوزراء التي تتولى الإشراف على تنفيذه". كما تنص المادة ٥٧ علي انه "على كل طرف سام متعاقد أن يقدم - بناء على طلب السكرتير العام لمجلس أوروبا - بياناً بالطريقة التي يضمن بها قانونه الداخلي التنفيذ الفعال لأحكام هذه المعاهدة".

2 Implementation of decisions of the European Court of Human Rights, Report of Committee on Legal Affairs and Human Rights, 21 December 2001, 9.c. France, i. Poitrimol against France, judgment of 23 November 1993 and A.C. against France, report of 10 August 1995, "These cases concern the right to be represented before a Court of Appeal. In these cases, the Court of Appeal judged the cases of the applicants in their absence and their counsel were not authorised to present their defence. The cases also concern the inadmissibility of = =the applicants' appeals on points of law, on the grounds that the applicants had not surrendered to a judicial arrest warrant.

In the case of Van Pelt and in the case of Poitrimol, the European Court held that there had been a violation of Article 6§§1 and 3; in the case of A.C., the Committee of Ministers held that there had been a violation of Article 6 of the Convention.

General measures:

- the issue of the inadmissibility of appeals on points of law for the sole reason that the applicant had not surrendered to a judicial arrest warrant, has been settled by a change in the case-law of the Cour de cassation (Cassation plenary 30 June 1999, Rebboah).
- As regards the right to be represented before a Court of Appeal, the Cour de cassation has given an important judgment (Cassation plenary, 2 March 2001, Vicenzo Dentico) in which it held that "the right to a fair trial and the right of every person accused to be represented by counsel are opposed to a court's judging an

و فـي تعليقـه علـي تـأثير المحكمـة الأوروبيـة علـي القضاء الوطني عبر بقوة الفقيه القانوني Jean Pradel أنه "لعقود كانت المحكمة العليا هي محكمة النقض. و لكن اليوم المحكمة العليا في فرنسا هي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان و هي كذلك المحكمة العليا لكل المحاكم في أوروبا".[١]

و لقد ظهر اثر الاستجابة الفرنسية لأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان علي صعيدين أساسيين: أولهما قضائي و ثانيهما قانوني.

أولا: الاستجابة القضائية:-

اعقب صدور حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية Poitrimol v. France و Van Pelt v. France تعديل هام في فقه محكمة النقض الفرنسية و التي درجت علي رفض تمثيل المتهم الغائب سواء في جناية أو جنحة بمحام استنادا إلي أن هذا المتهم هو متمرد علي القانون " Rebel against the law" في لفظ المادة ٦٢٧-٢١ و ذلك اذا صدر في حقه تكليف بالحضور أو امر بالضبط و الإحضار و امتنع عن تنفيذه.[٢]

إلا أنه في الثاني من مارس ٢٠٠١ في القضية المرفوعة من Vicenzo Dentico، و تأثرا بأحكام المحكمة الأوروبية

---

accused who fails to be present without excuse, without giving a hearing to the accused person's counsel, if present in the court".

1 Jean Pradel, "Le prévenu cité à personne, absent et non excusé, a droit néanmoins à l'assistance d'un avocet", Recueil Dalloz 2001, 1899

٢ راجع سابقا

سلفة البيان، أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما تاريخيا أشارت فيه إلي أن "الحق في محاكمة عادلة و حق كل متهم في الإستعانة بمدافع يتعارضا مع محاكمة المتهم الغائب دون أن يمكن محاميه الحاضر من تقديم دفاعه".[١]

و تعليقا علي هذا الحكم الهام اكد الفقيه القانوني Jean Pradel أنه "لابد من الاعتراف أن حكم محكمة النقض في قضية Dentico سيؤدي إلي بطء في الإجراءات، و لكن هذا هو الثمن الذي يجب أن يؤدي كفالة للحق في الدفاع".[٢]

ثانيا: الاستجابة القانونية:-

في عام ٢٠٠٠ اصدر المشرع الفرنسي قانون اسماه "تدعيم قرينة البراءة و صون حقوق الضحايا" رقم ٢٠٠٠/٥١٦ و الذي ادخل تعديلات عديدة علي قانون الإجراءات الجنائية و أضاف مواد جديدة بهدف جعل القانون اكثر توافقا مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.[٣]

و لعله من ضمن اكثر المواد أهمية و التي أضافها

---

1 Cassation plenary, 2 March 2001, Vicenzo Dentico. In this important judgment the Court held that "the right to a fair trial and the right of every person accused to be represented by counsel are opposed to a court's judging an accused who fails to be present without excuse, without giving a hearing to the accused person's counsel, if present in the court".

2 Jean Pradel, supra note, "Il faut bien reconnaître que la jurisprudence Dentico conduit à un certain= =alourdissement de la procédure. Mais c'est le prix à payer pour assurer le respect des droits de la defense".

3 For an account of the recent legislative trends in France consult, Jacqueline Hodgson, French Criminal Justice A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France (Hart Publishing, 2005) 39-64

هذا القانون هي المادة الافتتاحية الحالية لقانون الإجراءات الجنائية،[1] و التي أكدت علي قرينة البراءة و حق أي متهم في الدفاع و حقه في المحاكمة علي درجتين، و هو الحق الذي أضافه القانون لأول مرة و فصله في المادة ٣٨٠ منه.[2]

---

1 Preliminary Article of the French Criminal Procedures Code, inserted by Law no. 516/2000 of 15 June 2000, Article 1 Official Journal of 16 June 2000, it states that "I. Criminal procedure should be fair and adversarial and preserve a balance between the rights of the parties. It should guarantee a separation between those authorities responsible for prosecuting and those responsible for

judging. Persons who find themselves in a similar situation and prosecuted for the same offences should be judged according to the same rules.

II. The judicial authority ensures that victims are informed and that their rights are respected throughout any criminal process.

III. Every person suspected or prosecuted is presumed innocent as long as his guilt has not been established. Attacks on his presumption of innocence are proscribed, compensated and punished in the circumstances laid= =down by statute. He has the right to be informed of charges brought against him and to be legally defended. The coercive measures to which such a person may be subjected are taken by or under the effective control of judicial authority. They should be strictly limited to the needs of the process, proportionate to the gravity of the offence charged and not such as to infringe human dignity. The accusation to which such a person is subjected should be brought to final judgment within a reasonable time. Every convicted person has the right to have his conviction examined by a second tribunal".

2 Ibid Article 380-1 provides that "Decisions by the assize court in the first instance imposing convictions may be appealed from as provided for by the present chapter…".

و قد اعقب القانون ٢٠٠٠/٥١٦ صدور العديد من التشريعات التي و للأسف الشديد شكلت ردة إلي الوراء في مجال حماية حقوق الإنسان بصفة عامة و حقوق المتهم بصفة خاصة،[1] حيث أن إصدارها واكب و اعقب أحداث ١١ سبتمبر ٢٠٠١ في الولايات المتحدة الأمريكية و قد رفعت هذه القوانين شعار "الأمن قبل كل شيء" و بالتالي تضمنت منح سلطات واسعة للشرطة في التفتيش و التحفظ علي الأشخاص لمدد طويلة تصل إلي ٩٦ ساعة و الحرمان من الاتصال بمحام لمدد تصل إلي ٧٢ ساعة في جرائم المخدرات و الإرهاب.[2]

و مع ما لهذه التشريعات من مسالب، إلا أنه و فيما يتعلق بموضوع البحث، فان القانون ٢٠٤ لسنة ٢٠٠٤ و المسمى ب " قانون جعل العدالة الجنائية اكثر تكيفا مع التطور في الجريمة" " Loi de l'adaptation de la justice aux evolutions de la criminalite" و المعروف ب " Perben II Loi"، نسبة إلي وزير العدل الفرنسي الذي اقترحه Dominique Perben، قد ادخل تعديلات جذرية علي قانون الإجراءات الجنائية غيرت بشكل شبه كامل نظام المحاكمات الجنائية الغيابية.[3] فبعد أن كان المتهم الغائب "متمرد علي القانون" طبقا للمادة ٦٢٧-٢١ اصبح صاحب

1 Jacqueline Hodgson, supra note, 48-57

2 Ibid 48

3 Loi No 204/2004 of 9 March 2004 portant "adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité", The second project to be presented by the Justice Minister, the loi sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (known as Perben II), focuses on the investigation and trial of organised and serious crime. For more details see, Jacqueline Hodgson, supra note, 57

حق في محاكمة عادلة تكفل له فيها معظم الحقوق المقررة للمتهم الحاضر و لاسيما الحق في الإستعانة بمحام.

و لو عقدنا مقارنة بين ما كان عليه الحال قبل القانون ٢٠٠٤/٢٠٤ و ما هو عليه الآن، سواء في المحاكمات الغيابية أمام محكمة الجنايات "Assezy Court" أو محكمة الجنح، لظهر جليا قدر التحول في السياسة العقابية الفرنسية، كما يلي:

أولا: في الجنايات:

أصبحت المحاكمات الجنائية الغيابية في جناية تنظمها المواد من ٣٧٩-١ إلي ٣٧٩-٦ تحت عنوان هو الآخر مستحدث "المحاكمات الغيابية في قضايا الجنايات".[١] و بناء علي التعديل الجديد فانه في حالة غياب المتهم دون إبداء أسباب، سواء كان الغياب منذ بدء المحاكمة أو بعد بدايتها، فانه يجوز محاكمة المتهم في غيبته،[٢] إلا اذا قررت المحكمة تأجيل نظر الدعوي و أصدرت امر بضبطه و إحضاره.[٣]

و في كل الأحوال فان محكمة الجنايات تنظر الدعوي دون حضور محلفين إلا في حالتين; أولاهما، اذا كان باقي المتهمين في القضية حاضرون، و ثانيهما، اذا كان المتهم قد تغيب بعد بدء جلسات المحاكمة، مما يشير إلي أن هيئة المحلفين تكون قد تشكلت بالفعل. و بالتالي ففي

---

1 French Criminal Procedures Code, Chapter Viii "Default Proceedings in Felony Cases", Articles 379 To 379-6 added by the law no. 2004-204 of 9 March 2004, Official Journal of 10 March 2004, in force 1 October 2004.

2 Ibid Article 379-2 (1)

3 Ibid Article 379-2 (2)

هاتين الحالتين تنظر المحكمة القضية في حضور المحلفين رغم غياب المتهم.[1]

و الأمر الهام الذي أضافته المادة ٣٧٩-٣، علي خلاف المادة ٦٣٠ قبل إلغائها، هو حق المدافع الحاضر عن المتهم الغائب في إبداء دفاعه كما لو كان المتهم حاضرا، حيث تطبق في هذه الحالة المواد من ٣٠٦ إلي ٣٧٩-١ و التي تنظم إجراءات المحاكمة العادلة في حضور المتهم إلا ما تعلق منها باستجواب المتهم أو حضوره و ذلك لتغيبه بطبيعة الحال. أما في حالة عدم وجود محام للمتهم الغائب، فان المحكمة لا تعين له محام و إنما تقضي في القضية بعد سماع المدعي المدني أو محاميه و أقوال النيابة العامة.[2]

---

1 Ibid Article 379-3 (1) (Inserted by Law no. 2004-204, 9 March 2004, Official Journal of 10 March 2004, in force 1 October 2004) "The court examines the case and rules on the accusation in the absence of the jurors, unless other accused persons to be tried simultaneously are present at the hearing, or if the absence of the accused has been noted after the hearing began".

2 Ibid Article 379-3 states that "The court examines the case and rules on the accusation in the absence of the jurors, unless other accused persons to be tried simultaneously are present at the hearing, or if the absence of the accused has been noted after the hearing began.

If an advocate is present to ensure the interests of the accused are protected, the proceedings take place according to the provisions of articles 306 to 379-1,= =except for the provisions relating to the interrogations or the presence of the accused.

In the absence of an advocate to protect the interests of the accused, the court rules on the accusation after hearing the civil party or his advocate or the recommendations of the public prosecutor.

و نظرا لان التعديلات المستحدثة لم تعتبر الحكم الصادر في غيبة المتهم حضوريا في أي صورة من صوره، حتي في حالة كون غياب المتهم بغير عذر أو تم بعد بدء المحاكمة، فانه في حالة تقديم المتهم نفسه للسلطات أو في حالة القبض عليه قبل انقضاء مدة العقوبة، فان الحكم الصادر من محكمة الجنايات يسقط و تتم إعادة محاكمته مرة أخري في حضوره طبقا للمواد من ٢٦٩ إلي ٣٧٩-١.[١]

و علي الرغم من أن هذه التعديلات كان الهدف منها هو حماية حق المتهم الغائب في الدفاع، فإنها، من وجهة نظرنا، قد أفرطت بعض الشيء. فقد كان الأجدر، تبسيطا للإجراءات و تحاشيا للإطلالة، اعتبار الحكم الصادر في الحالة التي ينيب المتهم الغائب فيها محامياً في خطاب رسمي يوجهه إلي رئيس المحكمة حضوريا و ذلك لصراحة و وضوح نية المتهم في التنازل في تلك الحالة عن حقه في الحضور،[٢] خاصة أن النص الحالي فيه تشجيع للمتهم علي الهرب. هذا بالإضافة إلي أنه و قد تمكن من الإستعانة بمدافع فقد كفل له حق الدفاع إلي حد بعيد،[٣] و بالتالي فليس من الملائم إعتبار الحكم غيابياً في هذه الحالة.

Where an immediate prison sentence is imposed, the court issues an arrest warrant against the accused, unless one has already been issued".

1 Ibid Article 379-4

٢ راجع سابقا الطبيعة القانونية للحضور الشخصي للمتهم أمام محكمة الجنايات و كدي جواز التنازل عنه.

٣ و نقيس في ذلك علي القواعد المنظمة للمحاكمات الجنائية الغيابية أمام محكمة لبنان الخاصة. لمزيد من التفصيل انظر لاحقا.

و مع ذلك فانه مما يقلل من الإطالة في الإجراءات التي تتم في غيبة المتهم و حقه في إعادة المحاكمة عند القبض عليه أو تسليم نفسه هو أن القانون قد حرمه من الطعن سواء بالاستئناف أو بالنقض في الحكم الصادر غيابيا بإدانته.[1]

و ختاما، فان القانون ٢٠٠٤/٢٠٤ لم يقتصر دوره علي مجرد إضافة مواد جديدة فقط و إنما في إعادة النظر في نظام المحاكمات الغيابية في الجنايات. ذلك أن القانون قد عدل تماما من النظرة السابقة للمتهم الغائب. فبدلا من اعتباره "هارب من القانون" و أن هروبه هو قرينة علي إدانته و بالتالي حرمانه من حقوقه المدنية و توقيع جميع العقوبات عدا السالبة للحرية عليه، فان القانون الجديد قد اكد علي قرينة البراءة لصالحه و ذلك بالإلغاء التام للمواد من ٦٢٧ إلي ٦٤١ ليحل محلها مواد أخري تتعلق بالتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، منهيا بذلك حقبة قانونية كان المتهم بجناية الغائب يحرم فيها من حقه في الدفاع بالوكالة كجزاء علي عدم حضوره إجراءات المحاكمة.

ثانيا: في الجنح

تعرض التنظيم القانوني للمحاكمات الجنائية الغيابية في الجنح لتعديل جذري بعد صدور القانون ٢٠٠٤/٢٠٤. فعلي الرغم من أن المبدأ العام يظل هو وجوب حضور المتهم أمام المحكمة متي اعلن أو علم بطريق آخر بالتكليف بالحضور الصادر له، فان إمكانية عدم حضوره علي الرغم من إعلانه تظل قائمة. و الهام في الأمر أنه في كل

1 French Criminal Procedures Code Article 379-5 provides that "The appeals process is not available to persons tried by default".

مرة يتخلف فيها المتهم عن الحضور سواء بعذر أو دون إبداء أي أعذار فان محاميه الحاضر يجب أن يمكن دائما من إبداء أوجه دفاعه المختلفة.

فأي ما كانت العقوبة المقررة للجنحة يجوز للمتهم في خطاب يوجهه لرئيس المحكمة أن يطلب محاكمته غيابا،[1] فاذا لاقي طلبه قبول المحكمة، فان محاميه الحاضر يسمع، و إن لم يكن له محام فان المحكمة تتولي تعيين محام ليدافع عنه، و في كلتا الحالتين فان المحاكمة تعد حضوريه.[2]

أما اذا لم تقبل المحكمة طلب المتهم في أن تجري المحاكمة في غيبته و أجلت المحاكمة إلي ميعاد آخر ليحضر فيه بشخصه فتخلف عن الحضور، فان المحكمة يمكنها وفقا للمادة ٤١١ (٤) إجراءات جنائية أن تشرع في المحاكمة في غيبة المتهم علي أن يعتبر الحكم الصادر منها في هذا الفرض حضوريا. و مع ذلك فانه جدير بالإشارة أن هذه السلطة المقررة للمحكمة في محاكمة المتهم الغائب حضوريا تتوقف علي شرط هام إلا و هو تمكين المحامي الحاضر عن المتهم الغائب من إبداء دفاعه. و علي ذلك فانه يفهم بمفهوم المخالفة من نص المادة ٤١١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي أنه حتي في الحالة التي يتخلف فيها المتهم عن الحضور بعد رفض طلبه في المحاكمة الغيابية، لا يجوز للمحكمة أن تحاكمه غيابيا إلا

---

١ و هذا علي خلاف الحال وفقا للمادة ٤١١ قبل تعديلها حيث كانت تقصر حق المتهم في طلب عدم الحضور من المحكمة علي القضايا التي تكون العقوبة فيها الغرامة أو الحبس الذي يقل مدته عن سنتين. لمزيد من التفاصيل راجع سابقا.

2 Ibid Article 411 (2)

اذا مكن محاميه الحاضر من إبداء دفاعه.[1]

و لعل الحالة الوحيدة التي يجوز للمحكمة فيها أن تحاكم المتهم الغائب حضوريا و دون حضور محاميه، هي الحالة التي يطلب فيها المحامي إبداء دفاع المتهم الغائب فتحدد له المحكمة جلسة لسماعه إلا أنه يتخلف عن الحضور. في هذه الحالة إذا أصدرت المحكمة حكمها، ولم تؤجل المحاكمة لجلسة أخري، فان الحكم يعد حكما حضوريا بشرط إعلانه للمتهم.[2] و جلي للبيان أن إصدار المحكمة لحكمها في هذه الحالة و اعتباره حضوريا علي الرغم من عدم سماع دفاع المتهم هو امر منطقي، فقد دعي المتهم للحضور فأبي أن يلبي دعوة المحكمة، و منحت الفرصة كاملة لمحاميه الموكل عنه في الدفاع فتخلف هو الآخر عن الحضور. فهذا المسلك من المتهم و محاميه يستفاد منه معني الاستهانة بأحكام القضاء و هيبته، الأمر الذي يبرر إصدار الحكم في غيبته.

وختاما، فإننا نؤكد أن معالجة قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، بعد تعديله بالقانون ٢٠٠٤/٢٠٤، لمسألة المحاكمات الجنائية الغيابية و حق المتهم، سواء بجناية أو بجنحة، في هذا النوع من المحاكمات في الإستعانة بمدافع لتوضح بجلاء قدر التحول في سياسة و نظرة المشرع الجنائي الفرنسي لحق الدفاع بصفة عامة و لقيمة هذا الحق الهام في المحاكمات الجنائية الغيابية بصفة خاصة. فلا يكاد

---

1 Ibid Article 411 (4) provides that "Any defendant who does not answer this summons may be tried adversarially if his advocate is present and heard".

2 Article 411 (6)

يخلو نص من النصوص التي تنظم المحاكمات الجنائية الغيابية من الإشارة إلي ضرورة تمكين المحامي الحاضر عن المتهم الغائب من تقديم دفاع الأخير. و بالتالي فإن النتيجة التي يمكن التوصل إليها من استقراء نصوص قانون الإجراءات الجنائية الخاصة بالمحاكمات الجنائية الغيابية بعد تعديلها هي أن المشرع الجنائي الفرنسي قد ايقن أن حق الدفاع هو جوهر المحاكمات الجنائية، الحضورية منها و الغيابية، و بالتالي لا يجوز بحال أن يكون محلا للمساومة بين الدولة و اطراف الخصومة الجنائية و لا سيما المتهم.

الفصل الثاني

حق المتهم بجناية الغائب في الإستعانة بمدافع أمام المحاكم الجنائية الدولية

تمهيد و تقسيم: إن القراءة المتأنية للقانون الجنائي الدولي و ما اشتمل عليه من إنشاء للعديد من المحاكم الجنائية الدولية الخاصة أو المحكمة الجنائية الدولية الدائمة لا يقطع بوجود توجه محدد حيال المحاكمات الجنائية الغيابية، حيث تجيز بعض المحاكم هذا النوع من المحاكمات صراحة في أنظمتها الأساسية، و ترفضه الأنظمة الأساسية لمحاكم أخري علي نحو أكثر صراحة.[1]

1 Carlo Tiribelli, 'Judgment in absentia in international criminal law: its admissibility before the ad hoc tribunals, the International Criminal Court and the European arrest Warrant', (2006) 18 Sri Lanka Journal of International Law. 369, 373; It can be noted however that, while none of the international and hybrid criminal jurisdictions established before the Special Tribunal for Lebanon have recognized the possibility of trials in absentia, their practice and jurisprudence have increasingly admitted the permissibility of

و يظهر هذا التباين في الآراء علي المستوي الدولي بشأن المحاكمات الجنائية الغيابية من خلال الرجوع إلي المفاوضات الممهدة لإقرار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ففي حين أيد البعض في تلك المفاوضات هذا النوع من المحاكمات، في حالة توافر ضمانات معينة للمتهم الغائب و لعل أهمها ممارسة حقه في الدفاع بالوكالة، عبر البعض الآخر عن رفضه للمحاكمات الجنائية الغيابية تحت أي ظرف.[1]

و بالرجوع إلي النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يتضح بجلاء أن كفة الرافضين للمحاكمات الجنائية الغيابية هي التي رجحت في النهاية حيث تنص المادة ٦٣ (١) منه علي أنه "يجب حضور المتهم أثناء إجراءات المحاكمة"،[2] و لا تقر هذه المادة إلا استثناء وحيدا علي مبدأ عدم جواز المحاكمات الجنائية الغيابية، و ذلك في الحالة التي يشكل فيها المتهم مصدرا للتشويش علي عمل المحكمة، حيث يتم إبعاده جسديا عن قاعة المحاكمة و

---

a trial proceeding in the absence of the accused, if the latter voluntarily chooses not to attend the trial proceedings after having appeared before the judges. See, Cecile Aptel, Some Innovations in the Statute of the Special Tribunal for Lebanon, (2007) 5 Journal of International Criminal Justice. 1107, 1122; Chris Jenks, Notice Otherwise Given: Will in Absentia Trials at the Special Tribunal for Lebanon Violate Human Rights? (2009) 33 Fordham International Law Journal. 57, 67

1 Gary J. Shaw, 'Convicting inhumanity in absentia: Holding trials in absentia at the International Criminal Court' (2012) 44 George Washington International Review. 107, 112-118; See generally, Daniel J. Brown, The International Criminal Court and trial in absentia, (1999) 24 Brookline Journal of International Law. 763

2 Rome Statute of the International Criminal Court, Article 63 (1)

وضعه في قاعة أخري مجهزة بوسائل اتصال يستطيع من خلالها أن يتابع ما يجري داخل قاعة المحكمة، كما أنه يمكن من الاتصال بمحاميه لتوجيهه، كلما أراد ذلك، صونا لحقه في الدفاع.[1] و تطبيقا لهذا النص فان المحكمة الجنائية الدولية، و التي دخل نظامها الأساسي إلي حيز النفاذ منذ يونيو ٢٠٠٢، لم تحاكم أيا من المتهمين أمامها غيابيا، و إن كان التطبيق العملي يشير الي أنها تتجه الي السماح للمتهم بالغياب الجزئي عن بعض جلسات المحاكمة كلما دعت الي ذلك ظروف استثنائية،[2] مع تمتعه بكافة الضمانات الإجرائية كما لو كان حاضرا خاصة حقه في الدفاع بالوكالة.[3]

أما ما عدا المحكمة الجنائية الدولية من محاكم جنائية خاصة، فإنها تعد مرجعا علي درجة كبيرة من الأهمية و التعلق بمسألة مدي ملاءمة حضور مدافع عن المتهم الغائب، سواء كانت تلك المحاكم تقر المحاكمات الجنائية

1 Ibid Article 63 (2); In the United States, the case of Illinois v. Allen, 397 U.S. 337 (1970), dealt with similar antics by a defendant. In its decision, the U.S. Supreme Court ruled that a defendant may lose his right to be present at a trial "if, after he has been warned by the judge that he will be removed if he continues his disruptive behavior, he nevertheless insist on conducting himself in a manner to disorderly, disruptive, and disrespectful of the court that his trial cannot be carried on with him in the courtroom".

2 Roberto Iraola, Foreign Extradition and In Absentia Convictions, (2011) 39 Seton Hall Law Review. 834, 851

3 See for example, Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Situation in the Republic of Kenya,= =The Appeals Chamber, ICC-01/09-01/11 OA 5, 25 October 2013, para. 44

الغيابية صراحة،[1] كمحكمة مجرمي الحرب بنورمبرج، أو تقرها بشكل ضمني، كما هو الحال بالنسبة لمحكمتي يوغوسلافيا السابقة أو رواندا، أو أخيرا، توفر تنظيم دقيق و معاصر يعكس السياسات الجنائية الحديثة في مسألة المحاكمات الجنائية الغيابية، كما هو الحال بالنسبة لمحكمة لبنان الخاصة.

المبحث الأول

حق المتهم الغائب في الإستعانة بمدافع أمام محكمة نورمبرج

إن محكمة مجرمي الحرب، و المعروفة عالميا بمحكمة نورمبرج، هي المحكمة الدولية التي أنشأها الحلفاء لمحاكمة مجرمي الحرب النازيين في أعقاب الحرب العالمية الثانية. و بالرجوع إلي النظام الأساسي لتلك المحكمة نجد أنه ينص علي جواز أن تجري المحاكمات في غيبة المتهم كلما رأت المحكمة ضرورة لذلك، و اذا كان

1 The Rules of Procedure and Evidence of the Special Court of Sierra Leone addresses the issue of trial in absentia and provides the following guidance:

"(A)An accused may not be tried in his absence, unless:

(i) the accused has made his initial appearance, has been afforded the right to appear at his own trial, but refuses to so do; or

(ii) the accused, having made his initial appearance is at large and refuses to appear in court.

(B) In either case the accused may be represented by counsel of his choice, or as directed by a Judge or Trial Chamber. The matter may be permitted to proceed if the Judge or Trial Chamber is satisfied that the accused has, expressly or impliedly, waived his right to be present". See, The Special Court of Sierra Leone, Rules of Procedure and Evidence, available at http://www.sc-sl.org/scslprocedure.html

من شأن هذه المحاكمة الغيابية تحقيق العدالة أو خدمتها.[1]

و تطبيقا لهذا النص فقد تم محاكمة Martin Bormann، أمين عام الحزب النازي و السكرتير الخصوصي لهتلر، غيابيا و صدر الحكم بإعدامه.[2]

و بغض النظر عن الانتقادات التي وجهها المدافعين عن حقوق الإنسان إلي محاكمة بورمان و مدي اتفاقها مع المعايير الدولية للمحاكمة العادلة، فان ما يهمنا في إطار هذا البحث هو أن النظام الأساسي للمحكمة، كما فسرته و طبقته هيئتها، قد اقر بحق المتهم بأكثر الجرائم جسامة في الإستعانة بمدافع في حالة غيابه، و لم يحظر عليه ممارسة هذا الحق بدعوي تخلفه عن حضور جلسات المحاكمة.[3]

و تطبيقا لذلك، فان الوثائق تشير إلي أن بورمان، و

---

1 Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg, Article 12 provides that "The Tribunal shall have the right to take proceedings against a person charged with crimes set out in Article 6 of this Charter in his absence, if he has not been found or if the Tribunal, for any reason, finds it necessary, in the interests of Justice, to conduct the hearing in his absence".

2 Louise Arbour, The Prosecution of International Crimes: Prospects and Pitfalls, (1999) 1 Journal of Law and Policy. 13, 22

3 Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg, Article 16 (d) provides that "In order to ensure fair trial for the Defendants, the following procedure shall be followed:…

(d) A defendant shall have the right to conduct his own defence before the Tribunal or to have the assistance of Counsel". =

= Article 23 (2) states that "The function of Counsel for a Defendant may be discharged at the Defendant's request by any Counsel professionally qualified to conduct cases before the courts of his own country, or by any other person who may be specially authorized thereto by the Tribunal".

علي الرغم من غيابه عن المحاكمة، قد تم تعيين محام له من قبل المحكمة، هو Dr. Friedrich Bergold، لتقديم دفاعه أمامها استنادا إلي المادتين ١٦ (د) و ٢٣ من النظام الأساسي للمحكمة.[١]

المبحث الثاني

حق المتهم الغائب في الإستعانة بمدافع أمام محكمتي يوغوسلافيا السابقة و رواندا

أنشئت كل من محكمة يوغوسلافيا السابقة و رواندا عامي ١٩٩٣ و ١٩٩٤ لمحاكمة مجرمي الحروب الأهلية التي نشبت في البلدين و أودت بحياة الملايين من الأبرياء.

و بمطالعة النظام الأساسي للمحكمتين،[٢] يتضح أن الأصل هو وجوب الحضور الشخصي للمتهم لجميع إجراءات المحاكمة و عدم جواز أن تجري المحاكمة في غيبته.[٣]

---

1 International Military Tribunal of Nuremberg, Judgment of 1 October 1946, p. 13. "In accordance with Articles 16 and 23 of the Charter, counsels were either chosen by the defendants in custody themselves, or at their request were appointed by the Tribunal. In his absence the Tribunal appointed counsel [Dr. Friedrich Bergold] for the defendant Bormann …" (emphasis added)

2 International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia [hereinafter ICTY] and International Criminal Tribunal for Rwanda [hereinafter ICTR]

3 Statute of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Article 21 (4) (d), and the Statute of= =the International Criminal Tribunal for Rwanda Article 20 (4) (d), provide that " In the determination of any charge against the accused pursuant to the present Statute, the accused shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: … (D) to be tried in his presence, and to defend himself in person or

و مـرد هـذا الفهـم، لـيس ظـاهر نصـوص الأنظمـة الأساسـية لتلـك المحـاكم، و إنمـا التفسـير الضـمني لهـذه النصوص و التـي تؤكد علـي ضـرورة حضـور المتهم دون أن تتطرق بالتنظيم للمحاكمات الغيابية.[1] و قد أكد هذا الفهم الرافض للمحاكمات الغيابيـة التصـريح الصـادر عن الأمـين العـام للأمـم المتحـدة فـي تعليقـه علـي اذا مـا كـان النظـام الأساسي لمحكمة يوغوسلافيا السابقة يسمح بهذا النـوع مـن المحاكمات، حيث اكد "أن المحاكمة لا يجب أن تبدأ إلا بعد الحضـور الشخصـي للمـتهم" و أضـاف أن "الاعتقـاد السـائد هو أن المحاكمات الغيابية لا يجب أن يسمح بها طبقا للنظام الأساسـي للمحكمـة، لان ذلـك مـن شـانه أن يتعـارض مـع المـادة ١٤ مـن العهـد الـدولي للحقـوق المدنيـة و السياسـية و التـي تشـترط الحضـور الفعلـي للمـتهم"،[2] كمـا تبنـت ذات التفسير الغير مرحب بالمحاكمات الغيابية الدائرة الاستئنافية

---

through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it"

1 Gary J. Shaw, 'Convicting inhumanity in absentia: Holding trials in absentia at the International Criminal Court' (2012) 44 George Washington International Review. 107, 119. See also, William A. Schabas, 'In Absentia Proceedings Before International Criminal Courts', in International Criminal Procedure (Goran Sluiter & Sergey Vasiliev eds., 2009) 359 (Noting that the preceding article for articles 21(4) and 20(4), respectively, require the accused to be in custody and thus amount to an implicit prohibition).

2 U.N. Secretary-General, Rep. of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), U.N. Doc. S/25704 (May 3, 1993)

لمحكمة يوغوسلافيا السابقة في احد أحكامها.[1]

و علي الرغم مما تقدم، فان كلتا المحكمتين قد أوجدتا في التطبيق العملي بعض الاستثناءات علي حظر المحاكمات الغيابية. حيث سمحت كل من الـ ICTY[2] و الـ ICTR[3] بان تجري المحاكمة في غيبة المتهم في بعض الحالات التي اعتبرتا فيها عدم حضور المتهم يشكل تنازلا عن حقه في الحضور. و تبريرا لذلك أكدت الـ ICTR أنه "اذا كان المتهم علي علم بميعاد محاكمته و مع ذلك قرر عدم الحضور علي الرغم من إخطاره من قبل المحكمة بحقه في حضور محاكمته في أي وقت، في تلك الحالة، فان كل من النظام الأساسي للمحكمة و قانون حقوق الإنسان لا يحظران أن تجري المحاكمة في غيبته".[4]

---

1 Prosecutor v. Blaskic, ICTY, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II, Case No. IT-9514-AR, 18 July 1997, para. 59. The Appeal Chamber argued that " … generally speaking, it would not be appropriate to hold in absentia proceedings against persons falling under the primary jurisdiction of the International Tribunal ... Indeed, even when the accused has clearly waived his right to be tried in his presence … it would prove extremely difficult or even impossible for an international criminal court to determine the innocence or guilt of that accused".

2 Ibid. In this regard the Appeals Chamber of the ICTY states that "… the individual's absence would have to be regarded, under certain conditions, as a waiver of his "right to be tried in his presence".

3 Prosecutor v. Barayagwiza, ICTR, Decision on defence counsel motion to withdraw, Case No. ICTR-97-19-T, 2 November 2000, para. 6.

4 Ibid. The Trial Chamber I of the ICTR stipulates that "[The accused] is fully aware of his trial, but has chosen not to be

فـاذا مـا سـمح بالمحاكمـة الغيابيـة، علـي سـبيل الاستثناء، فان كل من المحكمتين قد أكدتا علي ضرورة توفير جميع الضمانات المتطلبة في المحاكمة العادلة، و يأتي في مقدمة هذه الضمانات، كما عبرت الـ ICTY، حق المتهم في الإستعانة بمدافع من اختياره.[1]

كما أكدت علي ذات الأمر الـ ICTR في حكم لها، حيث اعتبرت حضور المدافع بالإضافة لعلم المتهم اليقيني بالمحاكمـة و عـدم حضـوره رغـم ذلـك، الضـمانتين الأساسيتين لمشروعية المحاكمات الجنائية الغيابية.[2] و

---

present, despite being informed by the Chamber that he may join the proceedings at any time. In such circumstances, where the accused has been duly informed of his ongoing trial, neither the Statute nor human rights law prevent the case against him from proceeding in his absence".

1 Prosecutor v. Blaskic, Case No. IT-9514-AR, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, para. 59. The Court in this decision made it clear that "If such in absentia proceedings were to be instituted, all the fundamental rights pertaining to a fair trial would need to be safeguarded. Among other things, although the individual's absence would have to be regarded, under certain conditions, as a waiver of his "right to be tried in his presence", he should be offered the choice of counsel. The Appeals Chamber holds the view that, in addition, other guarantees provided for in the context of the European Convention on Human Rights should also be respected".

2 Prosecutor v. Barayagwiza, ICTR, Decision on defence counsel motion to withdraw, Case No. ICTR-97-19-T, 2= =November 2000, para. 7. The Court assured that "Article 20 of the Statute is modelled on Article 14 (3)(d) of the International Covenant on Civil and Political Rights, which is equivalent to Article 6 (3)(d) of the European Convention on Human Rights. Human rights case law does not prevent that a trial takes place in the absence of the

تبنت صراحة الرأي الرافض لحرمان المتهم من حقه في الإستعانة بمدافع بدعوي تخلفه عن الحضور.[1]

و جدير بالذكر، أن الـ ICTR في الحكم السابق كانت قد قضت بصحة المحاكمة الغيابية و رفضت السماح للمدافع عن المتهم الذي عينته المحكمة بالتخلي عن دوره امتثالا لرغبة المتهم في مقاطعة المحكمة. و عللت ذلك بان طلب المتهم سحب المدافع علي الرغم من أنه لم ينعي عليه تقصيرا يشكل إعاقة لسير العدالة و بالتالي لا يجب علي المدافع أن ينصاع له.[2]

---

accused provided that he has been duly notified of the proceedings …, duly represented by his court-appointed lawyer".

1 Ibid para. 23. The Court adopted the contention of the ECHR in Poitrimol v France, that "a person charged with a criminal offence does not lose the benefit of the right to legal assistance merely on account of not being present at the trial".

2 Ibid para. 24. In this regard the Court argued that "In the present case, Mr. Barayagwiza is actually boycotting the United Nations Tribunal. He has chosen both to be absent in the trial and to give no instructions as to how his legal representation should proceed in the trial or as to the specifics of his strategy. In such a situation, his lawyers cannot simply abide with his "instruction" not to defend him. Such instructions, in the opinion of the Chamber, should rather be seen as an attempt to obstruct judicial proceedings. In such a situation, it cannot reasonably be argued that Counsel is under an obligation to follow them, and that not do so would= =constitute grounds for withdrawal". The ICTY has also adopted the same contention regarding the disrubtive accused, where it appointed a counsel against the will of the accused in the case of Prosecutor v. Segelj, ICTY, Decision on Prosecution's Motion for Order Appointing Counsel to Assist Vojislav Segelj with his Defense, Case No. IT-03-67-PT, Trial Chamber II, 9 May 2003.

خلاصة لما سبق، فانه يمكن القول بان الأصل في المحاكمات الجنائية الدولية هو عدم السماح بالمحاكمات الغيابية إلا في أضيق الحدود. و كلما سمح بهذا النوع من المحاكمات، فان حق المدافع في الحضور هو حق أصيل لا يمكن حرمان المتهم، سواء كان حاضرا أو غائبا، منه باعتباره ضمانة أساسية لتحقيق العدالة و استجلاء الحقيقة، سواء بالإدانة أو البراءة.

المبحث الثالث

حق المتهم الغائب في الإستعانة بمدافع وفقا للنظام الأساسي لمحكمة لبنان الخاصة

أنشئت محكمة لبنان الخاصة في أعقاب اغتيال رئيس الوزراء اللبناني رفيق الحريري و عدد من مساعديه في الانفجار الذي وقع ببيروت عام ٢٠٠٥. و بناء علي الاتفاق المبرم بين لبنان و الجمعية العامة للأمم المتحدة فقد اصدر مجلس الأمن الدولي قراره بإنشاء المحكمة في مايو ٢٠٠٧.[١]

و الملاحظ علي هذه المحكمة، علي خلاف ما سبقها من محاكم دولية، أنها تسمح صراحة بإجراء المحاكمات الجنائية في غيبة المتهم.[٢] فعلي الرغم من أن النظام

---

1 The court was established by an agreement between the United Nations and the Lebanese Republic pursuant to Security Council resolution 1664 (2006) of 29 March 2006. The United Nations Security Council, acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, endorsed the agreement on 30 May 2007, Security Council Resolution 1757

2 Maggie Gardner, Reconsidering trials in absentia at the Special Tribunal for Lebanon: An application of the Tribunal's early

الأساسي للمحكمة يتحدث عن ضرورة إجراء المحاكمة في حضور المتهم و اعتبار هذا الحضور احد الحقوق الأساسية له، فان ذات المادة التي تتحدث عن حق المتهم في أن تتم الإجراءات في مواجهته، تشير صراحة إلي الاستثناء الخاص بإمكانية أن تجري المحاكمة في غيبة المتهم و بحضور محاميه.[1]

و علي الرغم من الجدل القانوني الذي أثاره تبني النظام الأساسي لمحكمة لبنان الخاصة للمحاكمات الجنائية الغيابية،[2] فان لهذه المحكمة، كمحكمة حديثة النشأة، أهمية

---

jurisprudence, (2011) 43 George Washington International Law Review. 91

1 Statute of the Special Tribunal for Lebanon, Article 16 provides that "Rights of the accused … 4. In the determination of any charge against the accused pursuant to this Statute, he or she shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:…

(d) Subject to the provisions of article 22, to be tried in his or her presence, and to defend himself or herself in person or through legal assistance of his or her own choosing; to be informed, if he or she does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him or her, in any case where the interests of justice so require and without payment by him or her in any such case if he or she does not have sufficient means to pay for it"

2 Ralph Riachy, Trials in Absentia in the Lebanese Judicial System and at the Special Tribunal for Lebanon Challenge or Evolution? (2010) 8 Journal of International Criminal Justice. 1295, 1296. (As regards the Special Tribunal for Lebanon (STL), there were protracted discussions in the course of the negotiations over whether trial in absentia should or should not be included in its Statute, especially in view of the fact that= =other international tribunals in operation at that time, such as the International Tribunal for the former Yugoslavia, the International Criminal

خاصة فيما يتعلق بموضوع البحث. و مرد هذه الأهمية هو أن واضعوا النظام الأساسي الخاص بها في ٢٠٠٧، و بحكم اطلاعهم علي الجدل القانوني الدائر حول مدي مشروعية المحاكمات الجنائية الغيابية، قد حاولوا فيما يتعلق بتلك المحاكمات أن يحققوا قدر من التوازن بين مقتضيات العدالة الجنائية، من جانب، و حقوق و ضمانات المتهم، من جانب آخر.[1]

ويظهر هذا التوازن جليا من قراءة المادة ٢٢ من النظام الأساسي للمحكمة. فوفقا لتلك المادة يجوز أن تجري المحاكمة و إصدار الحكم دون حضور المتهم بشخصه في الحالات الآتية:-

١. اذا تنازل المتهم صراحة و كتابة عن حقه في الحضور.
٢. لم يتم تسليمه من قبل سلطات الدولة التي يوجد بها.
٣. هرب أو لم يستدل علي مكانه رغم اتخاذ كل المحاولات اللازمة لضمان حضوره أمام المحكمة و إخطاره

Tribunal for Rwanda and the Special Court for Sierra Leone, had not used this form of trial. In the end, after many arguments and counter-arguments, agreement was finally reached that trials in absentia could be included in the Statute (Article 22), provided that appropriate safeguards were in place to ensure that the principles of fair trial would be observed.); Chris Jenks, Notice Otherwise Given: Will in Absentia Trials at the Special Tribunal for Lebanon Violate Human Rights? (2009) 33 Fordham International Law Journal. 57, 97

1 Paola Gaeta, To Be (Present) or Not To Be (Present) Trials In Absentia before the Special Tribunal for Lebanon, (2007) 5 Journal of International Criminal Justice. 1165; Cécile Aptel, Some Innovations in the Statute of the Special Tribunal for Lebanon, (2007) 5 Journal of International Criminal Justice. 1107

بالاتهامات الصادرة في حقه.[1]

و علي الجانب الأخر، و تحقيقا للتوازن بين مقتضيات العدالة و حق المتهم في محاكمة عادلة، فان النظام الأساسي للمحكمة قد اقر مجموعة من الضمانات للمتهم حال إجراء المحاكمة في غيبته. فيجب ابتداءً ان تستوثق المحكمة من "أن المتهم قد ابلغ بقرار الإتهام أو تم تسليمه إليه، أو تم إخطاره بقرار الإتهام عن طريق النشر في وسائط الإعلام أو الاتصال في دولة إقامته أو جنسيته".[2] و لا يخفي ما في هذا من ضمانة أكيدة للمتهم، حيث يقصر المحاكمات الغيابية علي الحالات التي تتيقن فيها المحكمة من أن المتهم رغم علمه بالمحاكمة قد تنازل صراحة عن حقه في الحضور، و بالتالي، و حتي لا تكون

---

1 Statute of the Special Tribunal for Lebanon, Article 22 which organises trials in absentia provides in paragraph (1) that "The Special Tribunal shall conduct trial proceedings in the absence of the accused, if he or she:

(a) Has expressly and in writing waived his or her right to be present;

(b) Has not been handed over to the Tribunal by the State authorities concerned;

(c) Has absconded or otherwise cannot be found and all reasonable steps have been taken to secure his or her appearance before the Tribunal and to inform him or her of the charges confirmed by the Pre-Trial Judge".

2 Ibid Article 22 (2) (a) stipulates that "When hearings are conducted in the absence of the accused, the Special Tribunal shall ensure that:

(a) The accused has been notified, or served with the indictment, or notice has otherwise been given of the indictment through publication in the media or communication to the State of residence or nationality".

العدالـة طـوع أمـره أو يضـار المجنـي عليـه أو المصـلحة العامة، فيجوز في هذه الحالة ان تتم المحاكمة فـي غيبتـه، و ذلـك اتسـاقا مـع مـا اسـتقرت عليـه المحـاكم الجنائيـة الدوليـة ذات الصلة.[1]

1 See e.g. Sejdovic v. Italy, 2006-II Eur. Ct. H.R. 241, 86-87 ("[A] waiver of the right to take part in the trial must be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate with its importance"; in particular, to establish an "implicit" waiver, "it must be shown that [the accused] could reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be"); Jones v. United Kingdom, App. No. 30900/02, 37 Eur. H.R. Rep. 269, 279 (2003) (defendant must "unequivocally and intentionally" waive his right to attend, which requires awareness of the consequences of failing to appear at trial); Nahimana v. Prosecutor, Case No. ICTR-99-52-A, Judgment, 1 109 (Nov. 28, 2007) ("[W]aiver by an accused of his right to be present at trial must be free and unequivocal (though it can be express or tacit) and done with full knowledge. In this latter respect, the Appeals Chamber finds that the accused must have had prior notification as to the place and date of the trial, as well as of the charges against him or her. The accused must also be informed of his/her right to be present at trial and be informed that his or her presence is required at trial."). The ICC allows an accused to waive his right to attend his confirmation hearing, but Rule 124 of the ICC Rules of Procedure and Evidence requires the Pre-Trial Chamber to first ensure that the accused understands his right to be present and the consequences of his waiver. Assembly of State Parties to the International Criminal Court, Rules of Procedure and Evidence, 1st Sess., Sept. 3-10, 2002, r. 124, ICC-ASP/1/3 (2002). This procedure was followed when Germaine Katanga chose to waive his right to attend part of his confirmation hearing in July 2008. Peter Robinson, Trial in Absentia at the International= =Criminal Tribunal for Rwanda, in Protecting

فـاذا مـا تيقنـت المحكمـة مـن إعـلان المـتهم الغائـب بميعـاد جلسـة المحاكمـة، تـأتي الضـمانة الثانيـة التـي كفلهـا النظـام الأساسـي للمـتهم الغائـب و هـي حقـه فـي الإسـتعانة بمدافع من اختياره يحضر نيابة عنه علي أن يدفع له المـتهم الأتعـاب اذا كـان قـادرا، فـاذا كـان معـوزا تحملـت المحكمـة تكـاليف تعيينـه.[1] أمـا اذا رفـض المـتهم تعيين محـام أو فشـل فـي ذلـك لأي سـبب، و الـذي غالبـا مـا يكـون إمـا عـدم علمـه بالمحاكمـة أو عـدم اعترافـه بالمحكمـة ذاتهـا، فـان المحكمـة يقع عليها عبء تعيين محـام من اختيارهـا،[2] و ذلـك "بغيـة ضمان التمثيل الكامل لمصالح المتهم و حقوقه".[3]

Humanity: Essays in International Law and Policy in Honor of Navanethem Pillay 643, 655 (Chile Eboe-Osuji ed., 2010)

1 Statute of the Special Tribunal for Lebanon, Article 22 (2) (b) states that "The accused has designated a defence counsel of his or her own choosing, to be remunerated either by the accused or, if the accused is proved to be indigent, by the Tribunal"

2 Uniquely among the international criminal courts, the STL has an independent defense organ charged with "drawing up a list of defence counsel" and "protect[ing] the rights of the defence, provid[ing] support and assistance to defence counsel and to the persons entitled to legal assistance, including, where appropriate, legal research, collection of evidence and advice, and appearing before the Pre-Trial judge or a Chamber in respect of specific issues." Article. 13; see also Rules of Evidence and Procedure of the STL, Rule. 57 (describing the functions of the Head of the Defence Office)

3 Ibid Article 22 (2) (c) provides that "Whenever the accused refuses or fails to appoint a defence counsel, such counsel has been assigned by the Defence Office of= =the Tribunal with a view to ensuring full representation of the interests and rights of the accused"

و يظهر التوازن في تنظيم المحاكمات الغيابية في النظام الأساسي لمحكمة لبنان الخاصة في أنه أجاز إجراء المحاكمة في غيبة المتهم، و بالتالي راعي حقوق المجني عليهم و مقتضيات العدالة بصفة عامة في أن يحاكم الأشخاص الذين تتوافر في حقهم أدلة قوية علي ارتكابهم للجريمة، و لا يخفي ما في ذلك من فائدة أكيدة سواء بالنسبة لحفظ الأدلة و توثيقها في المحاكمة التي تمت أو ما يمثله الحكم الصادر غيابيا من أداة ضغط علي المجتمع الدولي للتكاتف في القبض علي متهم مدان، بعكس الحال اذا تعلق الأمر بمتهم لم يصدر في حقه حكم بإدانته.[1]

و علي الجانب الآخر، فان النظام الأساسي للمحكمة قد راعي حقوق المتهم فلم يسلبه بسبب غيابه أي من حقوقه حيث تجري المحاكمة كما لو كان حاضرا،[2] باستثناء حقه في الحضور و الذي تنازل عنه المتهم. فأجاز له في الحضور التمثيلي من خلال محام يحضر نيابة عنه، سواء كان هذا المحام قد تم تعيينه من قبل المتهم أو عينته المحكمة بناء علي طلبه. و قد اعتبر النظام الأساسي الحكم حضوريا في هاتين الحالتين،[3] لان تنازل المتهم عن

1 For different view see, Wayne Jordash and Tim Parker, Trials in Absentia at the Special Tribunal for Lebanon Incompatibility with International Human Rights Law, (2010) 8 Journal of International Criminal Justice. 487, 494

2 Rules of Procedures and Evidence of the STL, Rule 107 provides that " The rules on pre-trial, trial, and appellate proceedings shall apply mutatis mutandis to proceedings in absentia"

3 Ibid Rule 104, Proceedings not held in Absentia, as amended on 30 October 2009 and 20 February 2013, stipulates that "Proceedings shall not be in absentia if an accused appears before

الحضور قد جاء صريحا، بالإضافة إلي أن المحام الحاضر قد تم اختياره من قبل المتهم ذاته أو بناء علي طلبه، و لذلك فلا يكون ثمة مبرر لاعتبار الحكم غيابيا في هاتين الحالتين و في هذا تبسيط للإجراءات و تجنب للإطالة، و هذا ما نرجحه.

أما اذا كان المدافع عن المتهم قد تم تعيينه من قبل المحكمة رغم رفض المتهم أو دون طلب منه، فيعتبر الحكم الصادر في هاتين الحالتين حكما غيابيا و بالتالي يحق للمتهم طلب إعادة المحاكمة اذا سلم نفسه أو قبض عليه بعد ذلك،[1] ما لم يقبل بالحكم الغيابي.[2] و هذا امر مفهوم، ذلك أن العلاقة بين المتهم و محاميه هي بحسب الأصل علاقة

---

the Tribunal in person, by video-conference, or by Counsel appointed or accepted by him".

1 Ibid Rule 109, Appearance of the Accused after Proceedings in Absentia, state that "(A) Where an accused appears before the Tribunal after a trial in absentia, including sentencing, if any, has been concluded he shall state his position and submissions as to the procedural consequences of his appearance.…

(C) If the accused has been convicted in absentia by the Trial Chamber, he may:

(i) accept in writing the Judgement and/or sentence;

(ii) request in writing a retrial;

(iii) accept in writing the Judgement and request a new hearing in respect of his sentence, or

(iv) appeal against conviction or sentence, or both, if he has waived in writing his right to retrial. The time-limit within which to file the appeal shall run from the date of the waiver of his right to retrial"

2 Ibid "At his appearance before the Tribunal, the accused may choose in writing to accept both the Judgement and sentence, if any"

ثقة و تتعلق بأهم ضمانة للمتهم أمام القضاء الجنائي، فلا ادعي من أن يمكن منها المتهم علي وجه التمام. و بالتالي فاذا شابها شائبة في المرة الأولي، باختيار المحكمة للمحام دون رغبة المتهم أو دون علمه، فلا مناص من تمكينه منها في محاكمة ثانية عقب القبض عليه أو تسليم نفسه طواعية.

الخاتمة

سعي هذا البحث إلي الإجابة علي التساؤل الخاص بمدي ملاءمة الإقرار بحق المتهم بجناية، و الذي يتغيب عن حضور جلسات المحاكمة، في أن يحضر محام نيابة عنه لتقديم دفاعه، سواء كان هذا المحامي من اختياره أو من اختيار المحكمة في حالة عدم تعيينه من قبل المتهم. و قد انتهي هذا البحث إلي ضرورة الإقرار بحق المتهم بجناية الغائب في الإستعانة بمدافع، و ذلك بالمخالفة للمادة ٣٨٨ إجراءات جنائية و التي تحظر عليه "أن يحضر احد أمام المحكمة ليدافع أو ينوب عنه". و لقد أسس هذا البحث النتيجة التي انتهي إليها علي الأسانيد القانونية الآتية:

أولا: التشكيك في الطبيعة التهديدية للحكم الغيابي في جناية

شكك هذا البحث في الطبيعة التهديدية للحكم الغيابي في جناية. ذلك أن الحجة الأساسية التي يسوقها المدافعون عن حرمان المتهم الغائب من حقه في الدفاع هي أن الحكم الذي يصدر في غيبته يعد حكم تهديدي معلق علي شرط فاسخ، هو الحضور المادي للمتهم سواء طواعية أو جبرا، فاذا تحقق الشرط سقط الحكم بقوة القانون و أعيدت المحاكمة وفقا للإجراءات العادية التي تكفل للمتهم جميع الحقوق و لاسيما حقه في الدفاع.

هذا التبرير، يغفل الآثار الخطيرة التي تترتب علي الحكم الغيابي وفقا لتنظيمه القانوني في قانون الإجراءات الجنائية المصري. فالمحاكمة الغيابية و الحكم الصادر فيها، كما اكدنا في اكثر من موضع، هي محاكمة و حكم يستطيل اثرهما و يمتد ليطال أموال المتهم بقيد فيحظر عليه إدارتها، و ينالها بنقص فيفرض عليه تارة أن يدفع تعويض منها و تارة أخري يؤدي غرامة أو مصادرة، و يصيب أهلية المتهم الغائب فيحرمه من أن يرفع أي دعوى باسمه، و يتربص بكل تصرف أو التزام يتعهد به المحكوم عليه فيبطله. كل ذلك في ظل حق في الدفاع محجوب عنه فلا ينطق بوكيل إلا اذا أسلم نفسه إلي المحكمة.

بل بفرض أن الحكم الغيابي هو حكم تهديدي، و هو ليس كذلك كما قدمنا، فالسؤال الذي لابد أن يسأل في هذا السياق، و كما أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، هو: هل يمكن حرمان المتهم من حقه في الدفاع تحت أي مبرر حتي لو كان هذا المبرر هو إجباره علي حضور المحاكمة؟. و الإجابة، كما اكد هذا البحث و فصل، هي بالنفي.

فما الفرق بين محاكمة حضورية و أخري غيابية، فكل منهما محاكمة تنتهي بحكم ينفذ منه ما يتوافر محله. إلا أنه في المحاكمة الغيابية يتحدث كل اطراف الخصومة الجنائية عدا المتهم فيصمت مدافعه. و يصدر الحكم عليه، فينفذ منه "كل العقوبات التي يمكن تنفيذها"، ثم يراد لهذا الحكم أن يعد حكم تهديدي و أن المحاكمة التي صدر فيها تعتبر محاكمة عادلة.

ثانيا: انتهاك المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية للحقوق الدستورية للمتهم بجناية الغائب

كشف هذا البحث عن أن المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية، و رغم إمكانية إعادة المحاكمة اذا حضر المتهم الغائب، قد تضمنت انتهاكا صارخا لحق المتهم الغائب في الدفاع، حيث أنها حرمته من هذا الحق بالكلية علي الرغم من أن النصوص الدستورية التي تقرر حق الدفاع بصفة عامة، و حق الدفاع عن المتهم بجناية بصفة خاصة، قد جاءت نصوصا عامة، بمعني أنها لم تشمل علي قيد، كضرورة حضور المتهم للاستفادة منها، و لم تخول القانون سلطة تحديد شروط انطباقها، و بالتالي فهي نصوص واجبة التطبيق و النفاذ بذاتها، و يهدر كل نص قانوني يخالف أحكامها.

و لم يقتصر نطاق مخالفة المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية علي حق الدفاع، و إنما امتد ليطال حق المساواة الذي حماه الدستور. فاظهر هذا البحث أن الحكم الوارد في المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية قد ترتب عليه التمييز بين المتهم بجناية، من جهة، و المتهم بجنحة أو مخالفة ممن ينطبق عليهم نص المادة ٢/٢٣٧، من جهة أخري، كما ترتب عليه تمييزا آخر بين المتهم بجناية الغائب و يحاكم أمام القضاء العادي، و بين المتهم بجناية الغائب و يحاكم أمام القضاء العسكري، حيث لا يجوز لمن ينطبق عليه المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية أن يحضر محام ليقدم دفاعه، في حين يجاز ذلك للمتهم بجنحة أو مخالفة، أو للمتهم بجناية أمام القضاء العسكري، الأمر الذي يشكل إخلال بالمساواة بين المواطنين علي الرغم من اتحاد مراكزهم

القانونية كمتهمين و اشتراكهم في اصل البراءة، كما أكدت المحكمة الدستورية العليا.

أما وجه عدم الدستورية الثالث و الأخير، فتمثل في انتهاك المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية لأصل البراءة الثابت في المتهم بجناية الغائب، حيث أنها قد افترضت توافر حالة في هذا المتهم، علي خلاف غيره من المتهمين، تحمل على معاملته معاملة خاصة، فعاقبته لغيابه، و هو البريء بعد، بحرمانه من حق من الحقوق التي قررها له الدستور في نص عام قرن فيه بين اصل البراءة و حق الدفاع كأساسين لأي محاكمة منصفة، الأمر الذي يصمها بعدم الدستورية من هذا الوجه كذلك.

ثالثا: عدم تناسب الحظر الوارد في المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية مع الغاية التي تتغياها

أشار هذا البحث إلي وجه آخر من أوجه عدم دستورية المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية و لكنه وجه لا يتعلق بانتهاك حق من الحقوق المسماة في الدستور، و إنما يتعلق بمخالفة مبدأ دستوري عام تسعي الدساتير كافة إلي تحقيقه، و هو مبدأ التناسب بين حقوق الأفراد و حرياتهم الخاصة، من ناحية، و بين المصلحة العامة، من ناحية أخري.

و لقد عرض هذا البحث المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية علي اختبار التناسب ففشلت في تجاوزه. حيث اظهر هذا الاختبار أن حرمان المتهم بجناية الغائب من حقه في الدفاع بالوكالة لا يمكن أبداً أن يكون اقل الإجراءات المتاحة أمام المشرع تقييدا لحقوق الأفراد و تحقيقا لغرضه في إجبار المتهم علي الحضور، خاصة في ظل وجود تدابير أخري

كإصدار أمر بضبطه و إحضاره، أو اتخاذ إجراءات تتبعه و القبض عليه و تسليمه اذا كان موجودا خارج البلاد.

كما ظهر وفقا لمعيار التناسب بالمعني الضيق، و الذي يوازن فيه القاضي الدستوري بين المنافع التي سيحققها التشريع كأداة السلطة من ناحية، و الأضرار التي سيخلفها هذا التشريع علي حقوق الأفراد من ناحية أخري، و ذلك توصلا الي تقرير أي القيمتين الدستوريتين أولي بالاعتبار، ان الأضرار المترتبة علي حرمان المتهم الغائب من حقه في الدفاع تفوق بكثير المنافع التي سيحققها هذا الحرمان، خاصة في ظل قصور هذا الحرمان عن تحقيق الغرض منه و هو إجبار المتهم علي الحضور و وجود بدائل أخري، كما اسلفنا، اكثر فاعلية و اقل إضرارا بمصالح المتهم.

رابعا: مخالفة المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية للاتجاهات الحديثة في السياسة الجنائية

كشف هذا البحث كذلك ان المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية و ما اشتملت عليه من حظر الاستعانة بمدافع علي المتهم بجناية الغائب قد خالفت، ليس فقط المبادئ الدستورية و القانونية المستقرة وطنيا، و إنما امتد اثر هذه المخالفة الي الأنظمة القانونية المقارنة، و لا سيما قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي و ما يمثله من أهمية خاصة بالنسبة لقانون الإجراءات الجنائية المصري بحسبانه المصدر التاريخي له و بالتالي المرجع الأساسي الذي يجب الرجوع إليه لمحاولة فهم المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية و ما سبقها أو تلاها من مواد تنظم المحاكمات الجنائية الغيابية في جناية. فكما بينا في هذا البحث بالتفصيل، فان التنظيم

القانوني للمحاكمات الجنائية في جناية بصفة خاصة، و تأثرا بأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، قد اعتراه تعديل جذري بالقانون ٢٠٠٤/٢٠٤، و الذي بمقتضاه اصبح من حق المتهم بجناية الغائب ان يحضر نيابة عنه محام ليقدم دفاعه و لا يمكن للمحكمة ان تحرمه من هذا الحق مطلقا.

بالإضافة الي مخالفة المادة ٣٨٨ إجراءات جنائية للتشريعات الجنائية الداخلية المقارنة، فإنها قد خالفت ما هو مستقر عليه في الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية و السوابق القضائية الصادرة عن هذه المحاكم و التي تقر دائما بحق المتهم الغائب في ان يمثله محام سواء من اختياره، كلما امكن، أو من اختيار المحكمة، و هذا الاتجاه منها يعد متمشيا مع ما استقرت عليه المؤسسات الدولية المعنية بالحق في محاكمة عادلة، كاللجنة الدولية لحقوق الأنسان، و التي تشترط لعدالة المحاكمة سواء كانت حضورية أو غيابية ان يمكن المتهم من حقه في الدفاع بالوكالة.

التوصيات

١. تعديل المادة ٣٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية علي نحو يسمح للمتهم بجناية الغائب من ان يحضر نيابة عنه محام لتقديم دفاعه دائما، سواء كان هذا المحامي من اختياره أو تم تعيينه من قبل المحكمة، و ذلك ضمانا لحقه في الدفاع و الذي لا يجب ان يكون محلا للتقييد أو المساومة في أي دعوي جنائية.
٢. اذا ثبت للمحكمة ان المتهم الغائب قد علم يقينا بالتكليف بالحضور، سواء بتوكيله محام للحضور نيابة عنه

بتوكيل رسمي أو بغير ذلك من القرائن، فان المحاكمة تبدأ في غيبته، و يجوز لمحاميه الحاضر ان يبدي دفاعه كما لو كان المتهم حاضرا. أما اذا لم يعين المتهم محاميا، رغم علمه بالمحاكمة، إما لعدم قدرته أو عدم رغبته، فتتولي المحكمة تعيين محام ليدافع عنه. و في كلتا الحالتين، فان الحكم الصادر في غيبة المتهم و لكن بحضور محاميه يعد حكما حضوريا واجب التنفيذ بمجرد صدوره و في جميع ما اشتمل عليه من عقوبات.

٣. أما اذا لم يثبت للمحكمة ان المتهم قد علم بالتكليف بالحضور بأي وسيلة، و بالتالي لم يوكل محام ليحضر نيابة عنه بطبيعة الحال، فان المحكمة تكون ملزمة بتعيين محام له، و في هذه الحالة تبدأ المحاكمة في غيبته، حماية لحقوق المجني عليه و المصلحة العامة، و ينفذ من الحكم الصادر فيها جميع ما يمكن تنفيذه من عقوبات في غيبة المتهم. فاذا حضر المتهم بعد صدور الحكم الغيابي، سواء طواعية بتسليم نفسه أو إجبارا بالقبض عليه، و لم يقبل بالحكم الصادر في غيبته، فيكون له الحق في طلب إعادة المحاكمة في حضوره و حضور محام من اختياره اذا كان قادرا و إلا فتعين له المحكمة محام.

قائمة المراجع

أولا: مراجع باللغة العربية

- الدكتور/ أحمد شوقي أبو خطوة، الأحكام الجنائية الغيابية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٩٧
- الدكتور/ أحمد شوقي أبو خطوة، المساواة في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، ١٩٩١
- الدكتور/ أحمد ضياء الدين خليل، إمتياز الامتناع عن الإجابة للمتهم، مجلة كلية الشرطة، العدد السابع، يوليو ١٩٩٥
- الدكتور/ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، دار الشروق، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠
- الدكتور/ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣
- الدكتور/ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، ٢٠٠٢
- الدكتور/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦
- الدكتور/ إدريس عبد الجواد بريك، ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥
- الدكتور/ إسماعيل محمد سلامة، الحبس الاحتياطي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٩
- الدكتور/ بكري يوسف بكري، محاكمة المدنيين أمام القضاء العسكري، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٣
- الدكتور/ حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف

- الدكتور/ حسن المرصفاوي، الحبس الاحتياطي و ضمان حرية الفرد في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٤
- الدكتور/ حسن المرصفاوي، حماية حقوق الأفراد و حرياتهم الشخصية في ظل قانون الإجراءات الجنائية، مجلة الشريعة و القانون، العدد الثاني، ١٩٧٩
- الدكتور/ حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوي الجزائية، الجزء الثاني – خلال مرحلة المحاكمة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، ١٩٩٨
- الدكتور/ حسن صادق المرصفاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية، معهد البحوث و الدراسات العربية، ١٩٧٣
- الدكتور/ حسن علوب، استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٠
- الدكتور/ سامي صادق الملا، حق المتهم في الصمت، مجلة الأمن العام، العدد ٥٣، إبريل ١٩٧١
- لواء/ سراج الدين محمد الروبي، الإنتربول و ملاحقة المجرمين، الدار المصرية اللبنانية، ١٩٩٨
- الدكتور/ سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع و القضاء و الفقه، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، ١٩٩٩
- الدكتور/ عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧
- الدكتور/ عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠١٣
- الدكتور/ عبد الرحيم صدقي، الحبس الاحتياطي، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٩٤

- الأستاذ/ عبد الغني بسيوني، مبدأ المساواة أمام القضاء و كفالة حق التقاضي، منشأة المعرف
- الدكتور/ علاء الصاوي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠١
- الدكتور/ علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢
- الأستاذ/ عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ٢٠٠٤
- الدكتور/ فتوح الشاذلي، المساواة في الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٠
- الدكتور/ مأمون سلامة، المبادئ العامة للإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي، مجلة القانون و الاقتصاد، عدد خاص بدراسات في حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، ١٩٨٠
- الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ١٩٥٧
- الدكتور/ محمد الفاضل، محاضرات في تسليم المجرمين، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٦٦
- الدكتور/ محمد جابر عبد العظيم، غياب المتهم في مرحلة المحاكمة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٧
- الدكتور/ محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة و النشر
- الدكتور/ محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافي للنشر و التوزيع، ٢٠٠٥
- الدكتور/ محمود صالح العادلي، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩١

- الـدكتور/ مصـطفي الجـوهري، حـالات الحضـور الشخصـي الوجوبي للمتهم أمـام القضـاء الجنـائي، مجلـة العلـوم القانونيـة و الاقتصادية، العدد الثاني، يوليو ١٩٩٢
- الـدكتور/ محمـد محـي الـدين عـوض، درء الحـدود بالشـبهات، مجلة قضايا الحكومة، عدد ٣٣، ديسمبر ١٩٧٨
- الدكتور/ نـاينتي نـاين عبـد السـلام، الحضـور الاعتبـاري للمـتهم أمـام المحكمـة الجنائيـة، الطبعـة الأولـي، دار النهضـة العربيـة، ٢٠٠٤

ثانيا: مراجع بلغات أجنبية

- Alan D. Gold, Criminal procedure - Absconding accused, (1989) 31 Criminal Law Quarterly. 10
- Alec Stone Sweet & Jud Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, (2008) 47 Columbia Journal of Transnational Law. 72
- Alec Stone Sweet and Jud Mathews, 'Proportionality, Judicial Review, and Global Constitutionalism, in Giorgio Bongiovanni et. al, Reasonableness and Law (Springer, 2009)
- Alec Stone Sweet, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, (2008) 47 Columbia Journal of Transnational Law, 72
- Alice Ristroph, Proportionality as a Principle of Limited Government, (2005) 55 Duke Law Journal. 263
- Artūras Panomariovas and Egidijus Losis, Proportionality: From the Concept to the Procedure, (2010) 2 Jurisprudence. 257
- Bernhard Schlink, Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?, (2012) 22 Duke Journal of Comparative & International Law. 291
- Carlo Tiribelli, 'Judgment in absentia in international criminal law: its admissibility before the ad hoc tribunals, the International Criminal Court and the European arrest Warrant', (2006) 18 Sri Lanka Journal of International Law. 369

- Cécile Aptel, Some Innovations in the Statute of the Special Tribunal for Lebanon, (2007) 5 Journal of International Criminal Justice. 1107
- Chris Jenks and Eric Talbot Jensen, All human rights are equal, but some are more equal than others: The extraordinary rendition of a terror suspect in Italy, the NATO SOFA, and human Rights, (2010) 1 Harvard National Security Journal. 171
- Chris Jenks, Notice Otherwise Given: Will in Absentia Trials at the Special Tribunal for Lebanon Violate Human Rights? (2009) 33 Fordham International Law Journal. 57
- Christopher Michaelsen, The Proportionality Principle, Counter-terrorism Laws and Human Rights: A German–Australian Comparison, (2010) 2 City University of Hong Kong Law Review. 19
- Clara Tracogna, The influence of the ECHR jurisprudence on the national criminal procedure system. The Italian perspective: from divergence to realignment, (2010) 17 Lex ET Scientia International Journal. 84
- Daniel J. Brown, The International Criminal Court and trial in absentia, (1999) 24 Brookline Journal of International Law. 763
- Dieter Grimm, 'Proportionality in Canadian and German Constitutional Law Jurisprudence', (2007) 57 University of Toronto Law Journal. 383
- Eric Engle, The History of the General Principle of Proportionality: An Overview, (2012) 10 Dartmouth Law Journal 1
- Evert F Stamhuis, In absentia trials and the right to defend: the incorporation of a European human rights principle into the Dutch criminal justice system, (2001) 23 Victoria University of Willington Law Review. 715
- Gary J. Shaw, 'Convicting inhumanity in absentia: Holding trials in absentia at the International Criminal Court' (2012) 44 George Washington International Review. 107
- Imer Flores, Proportionality in Constitutional and Human Rights Interpretation, (2013) Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 13-005, 102

- Jacqueline Hodgson, French Criminal Justice A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France (Hart Publishing, 2005)
- James G. Starkey, Trial in absentia, (1979) 53 St. John's Law Review, 721
- Jean Pradel, “Le prévenu cité à personne, absent et non excusé, a droit néanmoins à l'assistance d'un avocet”, Recueil Dalloz 2001
- Jeremy McBride, Human rights and criminal procedure: The case law of the European Court of Human Rights (Council of Europe Publishing, 2009)
- Louise Arbour, The Prosecution of International Crimes: Prospects and Pitfalls, (1999) 1 Journal of Law and Policy. 13
- Maggie Gardner, Reconsidering trials in absentia at the Special Tribunal for Lebanon: An application of the Tribunal's early jurisprudence, (2011) 43 George Washington International Law Review. 91
- Martin Bdsef, Harmonizing Procedural Rights Indirectly: The Framework Decision on Trials in Absentia, (2012) 37 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. 489
- Mary Sue Backus and Paul Marcus, The Right to Counsel in Criminal Cases, A National Crisis, (2006) 57 Hastings Law Journal. 1031
- Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law, (2009) 46 San Diego Law Review. 367
- Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, 'Proportionality and the Culture of Justification', (2011) 59 The American Journal of Comparative Law. 463
- Neil P. Cohen, Can they kill me if I'm gone: trial in absentia in capital cases, (1984) 36 University Of Florida Law Review. 273
- Niccolo Pons, Some Remarks on in Absentia Proceedings before the Special Tribunal for Lebanon in Case of a State’s Failure or Refusal to Hand over the Accused, (2010) 8 Journal of International Criminal Justice. 1307

- Paola Gaeta, To Be (Present) or Not To Be (Present) Trials In Absentia before the Special Tribunal for Lebanon, (2007) 5 Journal of International Criminal Justice. 1165
- Rachel K. David and Ira Einhorn's, Trial in Absentia: French Law Judging United States Law, (2003) 22 New York Law School Journal of International and Comparative Law. 611
- Ralph Riachy, Trials in Absentia in the Lebanese Judicial System and at the Special Tribunal for Lebanon Challenge or Evolution? (2010) 8 Journal of International Criminal Justice. 1295
- Roberto Iraola, Foreign Extradition and In Absentia Convictions, (2011) 39 Seton Hall Law Review. 834
- Stephen Gardbaum, 'Limiting Constitutional Rights', (2007) 54 University of California Law Review. 789
- Susan Bandes, 'Reinventing Bivens: The Self-executing Constitution' (1995) 68 Southern California Law Review. 289
- Wayne Jordash and Tim Parker, Trials in Absentia at the Special Tribunal for Lebanon Incompatibility with International Human Rights Law, (2010) 8 Journal of International Criminal Justice. 487
- William A. Schabas, 'In Absentia Proceedings Before International Criminal Courts', in International Criminal Procedure (Goran Sluiter & Sergey Vasiliev eds., 2009)